Windscheid

<3661660008001 8

Lehrbuch

des

Pandektenrechts.

Von

Dr. Bernhard Windscheid,
ordentlichem Professor des römischen Civilrechts an der Universität
zu München.

Zweiter Band.

Zweite Auflage.

Düsseldorf,
Verlagshandlung von Julius Buddeus.
1869.

Vorrede zur ersten Auflage.

Die erste Abtheilung des zweiten Bandes dieses Lehrbuches ist im Herbst des vorigen Jahres ausgegeben worden; mit der jetzt erscheinenden zweiten ist der zweite Band vollendet. Derselbe enthält außer dem Obligationenrecht auch das Familienrecht, so daß für den dritten Band nur noch das Erbrecht übrig bleibt. Zur Erleichterung des Gebrauches füge ich sogleich jetzt ein Register über die beiden ersten Bände hinzu; nach der Vollendung des dritten Bandes wird dasselbe mit einem vollständigen vertauscht werden.

Dieser zweite Band ist nach den gleichen Grundsätzen gearbeitet, wie der erste. Daß mein Streben nach Verdeutschung der Rechtssprache Widerspruch erfahren würde, war vorauszusehen. Die Gründe, welche man dagegen vorgebracht hat, waren mir nicht unerwartet, und scheinen mir nach wie vor von untergeordneter Bedeutung gegenüber dem in der Vorrede zum ersten Band geltend gemachten Gesichtspunkt. In das Register ist die hergebrachte Terminologie vollständig aufgenommen worden. — Man hat mir auf der andern Seite vorgeworfen, daß ich in der

Sache nicht kühner gewesen sei, daß ich dem Inhalt der Rechtssätze gegenüber das nationale Rechtsbewußtsein nicht in ausreichender Weise zur Geltung gebracht habe. Hat man bei diesem Vorwurf wohl den Standpunkt gehörig erwogen, von welchem der Verfasser eines Lehrbuches des Pandektenrechtes, eines Rechtes, welches noch immer in den Gerichten eines nicht unbedeutenden Theiles von Deutschland zur Anwendung kommt, nicht abweichen darf? Es ist leicht, von einem römischen Rechtssatz auszusagen, daß er unseren Bedürfnissen oder Anschauungen nicht mehr entspreche; aber damit ist wenigstens für Denjenigen, welcher an der Reception des römischen Rechtes als Ganzen festhält, noch nicht bewiesen, daß er nicht mehr gelte. Abgesehen von den Fällen, wo ein römischer Rechtssatz seiner thatsächlichen Voraussetzungen in den heutigen Verhältnissen ermangelt, oder wo er mit allgemein anerkannten Grundprincipien der heutigen Rechtsordnung in Widerspruch steht, wird man ihm seine heutige Geltung so lange nicht bestreiten dürfen, bis man nachzuweisen im Stande ist, daß er durch eine neuere Rechtsquelle aufgehoben sei, und wie schwierig und unsicher dieser Beweis namentlich in dem gewöhnlichen Fall ist, wo es sich um Abänderung durch ein modernes Gewohnheitsrecht handelt, und welcher Mißbrauch mit einer sogenannten Praxis getrieben wird, weiß jeder in diesen Dingen nur halbweg Erfahrene. Der Verfasser eines Lehrbuches des Pandektenrechtes ist in dieser Beziehung in der übelsten Lage, da es ihm an hundert Punkten an den nöthigen Vorarbeiten fehlt. In dieser Lage ist aber, wie ich meine, im Interesse der Sicherheit der Rechtspflege Zähigkeit im Festhalten gerechtfertigter, als leichte Beweglichkeit, welche nur zu sehr der Gefahr unterliegt, subjective Anschauungen mit objectiven Gesichtspunkten zu verwechseln.

Gründlich kann hier nur durch Gesetzgebung geholfen werden. Sollte dieselbe freilich fortfahren, wie sie in Deutschland begonnen hat, eine Sondergesetzgebung der einzelnen Staaten zu sein, so wäre das kein Gewinn, sondern ein Verlust. Denn wie hoch man auch die Uebelstände des privatrechtlichen Rechtszustandes der Länder des gemeinen Rechtes anschlagen mag, sie wiegen leicht wie eine Feder gegen die Schäden, die von dem Verfall der Rechtswissenschaft drohen, welcher die unausbleibliche Folge der Beschränkung auf eine particuläre Rechtsquelle ist. Es ist dieß eine geschichtliche Thatsache, über welche wenigstens Diejenigen, die zur Entscheidung berufen sind, ebenso wenig im Unklaren sein sollten, als darüber, in welchem Grade das beste Gesetzbuch ohne eine ihm zur Seite stehende lebendige, wahrhaft wissenschaftliche Jurisprudenz ohnmächtig ist.

Tegernsee, den 20. September 1866.

Vorrede zur zweiten Auflage.

Von dem zweiten Band dieser zweiten Auflage meines Lehrbuches, welcher hiermit vollendet dem Publikum übergeben wird, ist die erste Abtheilung bereits im Frühling dieses Jahres erschienen. Auch diesen zweiten Band habe ich wie den ersten, in sachlicher und sprachlicher Beziehung einer sorgfältigen Revision unterworfen; namentlich ist die neuere Literatur überall nachgetragen und eingearbeitet worden. Leider ist es mir aber nicht möglich gewesen,

diese Revision auch auf die Citate vollständig zu erstrecken; in Folge außergewöhnlicher Amtsgeschäfte blieb mir nur die Wahl, sie bei der zweiten Abtheilung einstweilen auszusetzen, oder das Buch eine Zeit lang im Buchhandel ganz fehlen zu lassen. Sollte dasselbe noch eine fernere Auflage erleben, so wird das Mangelnde nachgetragen werden.

Egern am Tegernsee,
den 3. September 1868.

Bernhard Windscheid.

Inhaltsverzeichniß.

Viertes Buch.

Das Recht der Forderungen.

Erstes Kapitel.

Von den Forderungen überhaupt.

Zweites Kapitel.

Die einzelnen Forderungen.

Fünftes Buch.

Das Familien-Recht.

Erstes Kapitel.

Die Ehe.

Zweites Kapitel.

Das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern.

Drittes Kapitel.

Berichtigungen.

Fehler, welche den Sinn beeinträchtigen, sind folgende; im Uebrigen s. S. 882.

Seite 184 Zeile 14 v. o. l. Wohls st. Rechts.
„ 335 Zeile 4 der Noten l. Grundzügen st. Grundsätzen.
„ 449 Note 5 Zeile 6 v. u. l. dem gerichtlichen Geständniß st. der Anerkennung.
„ 524 Note 1 Zeile 8 v. u. l. unverhältnißmäßig st. verhältnißmäßig
„ 525 Note 7 Zeile 4 v. u. l. Darlehnsempfängers st. Darlehnsgebers.
„ 619 Zeile 2 v. u. des Textes l. Abwesenden st. Anwesenden.
„ 659 Zeile 6 v. o. ist hinter „Grund" ausgefallen: in einer fehlerhaften, nicht derjenige, welcher seinen Grund in
„ 705 Note 2 Zeile 1 v. o. l. Anspruch st. Ausspruch.

Viertes Buch.

Das Recht der Forderungen*.

Erstes Kapitel.

Von den Forderungsrechten überhaupt.

I. Begriff des Forderungsrechtes**.

§. 250.

Die Forderungsrechte bilden eine Unterart der persönlichen Rechte. Persönliche Rechte sind diejenigen Rechte, welche zum unmittelbaren Inhalt die Unterwerfung fremden Willens haben (§. 41). Aus dem Kreise dieser Rechte muß man, um zum Begriff der Forderungsrechte zu gelangen, die Familienrechte aussondern,

* Besondere Bearbeitungen des Rechtes der Forderungen sind: Bucher das Recht der Forderungen. 1815. 2. Auflage 1830. — Unterholzner quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechtes von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. 2 Bde. 1840. — Savigny das Obligationenrecht. 2 Bde. 1851. 1853. — Molitor les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la legislation romaine et le droit français. 3 tomes. 1851—1853. — Koch das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Recht mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen. 3 Bde. 1836—1843. 2. Auflage 1858—1859. — Das Werk von Savigny ist unvollendet. Die Werke von Unterholzner und Molitor sind nach dem Tode ihrer Verfasser herausgegeben worden.

** Savigny Oblig. I §. 2—4. Brinz krit. Blätter III S. 3—11. Pand. I S. 361 fg. 534 fg. Kuntze die Obligation und die Singularsuccession §. 1—6. Lehre von den Inhaberpapieren §. 54—58. Unger österreich. Privatr. I S. 539—553.

d. h. diejenigen Rechte, welche, wie sie auf einem Familienverhältniß beruhen, so die dem Familienverhältniß innewohnende sittliche Idee zum Ausdruck zu bringen bestimmt sind (I §. 41). Die übrig bleibenden persönlichen Rechte sind die Forderungsrechte.

§. 251.

Die Forderungsrechte haben zum unmittelbaren Inhalt die Unterwerfung fremden Willens (§. 250).

1. Sie haben zum Inhalte die Unterwerfung fremden Willens. Das heißt näher: es darf kraft derselben gefordert werden[1], daß eine fremde Person ihren Willen in gewisser Weise zu einem äußern Verhalten bestimme, daß sie in gewisser Weise handle[2]. Die Handlung, welche kraft eines Forderungsrechtes verlangt werden kann, hat regelmäßig einen Geldwerth für den Gläubiger; aber nothwendig ist dieß nicht[3].

---

§. 251. [1] D. h. es darf der Wille dahin geltend gemacht werden, daß —. Brinz (krit. Blätter S. 10. 11. Pand. S. 536) möchte in Anlehnung an einen Sprachgebrauch des älteren deutschen Rechtes unter „fordern" „klagen", unter „Forderungsrecht" „Klagerecht" verstehen. Ich halte das nicht für begründet. Wenn wir heutzutage Jemandem ein Forderungsrecht zuschreiben, so denken wir dabei an die, freilich im Hintergrund stehende, Klagebefugniß nicht mehr, als wir daran bei jedem andern Rechte denken.

[2] Die Forderungsrechte sind Rechte auf eine Handlung; aber sie sind nicht Rechte an einer Handlung oder über eine Handlung (Puchta Pand. §. 219. Inst. I §. 30, Savigny Oblig. I S. 4. System I S. 339, Kuntze die Obligation rc. S. 3—6). Indem man die Forderungsrechte Rechte an einer Handlung oder über eine Handlung nennt, stellt man die Handlung, welche kraft derselben gefordert werden kann, der Sache gleich, dem Existirenden das Nichtexistirende, dem Bleibenden das Vorübergehende. Das kann nicht aufklären, sondern muß verwirren und irreführen. Von dieser Auffassung aus ist Kuntze zu der Vorstellung gelangt, daß die Handlung als Object des Forderungsrechtes untergehen könne, und entwickelt aus derselben ein, wie er glaubt, entscheidendes Argument gegen die Möglichkeit der Sondernachfolge in Forderungsrechte (vgl. §. 329 Note 10). Dagegen Windscheid die Actio S. 154 fg. (krit. Ueberschau VI S. 221 Note *). Gegen die hier bekämpfte Auffassung des Forderungsrechtes haben sich ferner ausgesprochen: Brinz krit. Blätter III S. 4, Bekker Heid. krit. Zeitschr. III S. 450, Fitting Correalobl. S. 29, Ziebarth die Realexecution und die Obligation (Halle 1866) S. 23 fg.

[3] Dieß stimmt nicht mit der herrschenden Meinung überein. Nach der herrschenden Meinung soll es zum Wesen des Forderungsrechtes gehören, daß die Handlung, auf welche es geht, für den Gläubiger ein Vermögensinteresse,

2. Sie haben zum **unmittelbaren Inhalt** die Unterwerfung fremden Willens. Im letzten Resultat bildet die Unter-

einen Geldwerth habe. Diese Meinung beruft sich vorzüglich auf l. 9 §. 2 D. de statulib. 40. 7: — „ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt". Allein die Entscheidung, zu deren Begründung hier dieser Satz aufgestellt wird, ist, daß eine Obligation auf Verschaffung des Eigenthums an einem freien Menschen nicht bestehen könne, und Verschaffung des Eigenthums an einem freien Menschen ist nicht sowohl eine Handlung ohne Vermögenswerth, als eine unmögliche Handlung. Ueberdieß weiß Jeder, wie mißlich es ist, solche gelegentlich gemachte allgemeine Aussprüche der Quellen beim Worte zu nehmen. Nun gibt es zwar ferner eine Reihe von Quellenstellen, in welchen der wirkliche Grund der ein Forderungsrecht zurückweisenden Entscheidung der ist, daß der Gläubiger an der geschuldeten Handlung kein Vermögensinteresse habe, so namentlich l. 7 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 38 §. 17 l. 95 D. de V. O. 45. 1; allein diese Stellen erklären sich vollkommen aus der Nothwendigkeit der Geldcondemnation, in deren Voraussetzung sie geschrieben sind. Und trotz dieser Nothwendigkeit werden in anderen Stellen Forderungsrechte auch ohne Vermögensinteresse des Gläubigers anerkannt, so in l. 11 §. 1 D. quod vi 43. 24, l. 3 §. 13 D. de hom. lib. exh. 43. 29 und namentlich in l. 54 pr. D. mand. 17. 1; es ist anzunehmen, daß der Judex hier auf eine durch sein Ermessen zu bestimmende Geldsumme (vgl. l. 14 §. 1 D. de serv. corr. 11. 3) verurtheilt habe (Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 538—540, Mommsen Lehre vom Interesse S. 124—133). Wollte der Magistratus die Sache selbst in die Hand nehmen, so konnte er auch mit Verhängung von Geldstrafen vorgehen, wie das namentlich für den Fall der Verpflichtung zu einer schiedsrichterlichen Entscheidung bezeugt ist, l. 3 §. 1 l. 32 §. 12 D. de recept. 4. 8. Zur Vergleichung können auch diejenigen Stellen hieher gezogen werden, in welchen ein Zwang zu einer Leistung, die keinen Geldwerth hat, anerkannt ist, ohne daß auf dieselbe ein Forderungsrecht erwachsen ist, l. 7 D. de annuis 33. 1, l. 92 D. de cond. 35. 1, l. 44 D. de manum. test. 40. 4, — so wie diejenigen Stellen, in welchen in anderen Beziehungen einem Interesse, welches kein Geldinteresse ist, Berücksichtigung geschenkt wird, l. 35 D. de min. 4. 4, l. 36 D. de bon. lib. 38. 1, l. 71 D. de evict. 21. 2 (anders l. 131 §. 1 D. de V. O. 45. 1). Im heutigen Recht nun darf weder die Condemnations- noch die Executionsfrage Schwierigkeit machen; die Condemnationsfrage nicht, weil wir das Princip der Geldcondemnation nicht mehr haben, die Executionsfrage nicht, weil dem Richter auf Grund des J. R. A. §. 162 und der Praxis die Befugniß, sein Urtheil auch durch Strafen zu erzwingen, nicht bestritten werden darf (s. die Lehrbücher des Civilprocesses von Martin §. 262, Linde §. 374, Bayer §. 336, Osterloh §. 235, Wetzell §. 50 a. E.; Wächter Erörter. II S. 27). Für das heutige Recht darf daher als Princip aufgestellt werden, daß einem im Uebrigen rechtsbeständigen Forderungsrecht nicht deßwegen die Anerkennung versagt werden darf, weil die Leistung, auf welche es geht, für den Gläubiger keinen

werfung fremden Willens den Inhalt auch der dinglichen Rechte; aber sie bildet nicht den unmittelbaren Inhalt derselben. Der unmittelbare Inhalt der dinglichen Rechte ist, daß kraft derselben ein bestimmter Willensinhalt für eine Sache geltend gemacht werden darf; das Recht, zu verlangen, daß mit diesem Willen sich kein anderer Wille in Widerspruch setze, ergibt sich daraus erst in zweiter Linie. Dieß läßt sich auch so ausdrücken: die Forderungsrechte gehen in den ihnen entsprechenden Ansprüchen auf, nicht die dinglichen Rechte (I §. 43). Oder auch: zum Begriff des Forderungsrechtes gehört eine ihm gegenüberstehende Verpflichtung, nicht so zum Begriff des dinglichen Rechtes[4].

Geldwerth hat. Daraus folgt freilich nicht, daß der Richter in allen Fällen seinen Arm zu leihen habe, wo etwas gefordert wird, was für den Fordernden keinen Geldwerth hat. Der Richter wird seine Befugnisse nicht überschreiten, wenn er seine Hülfe überall versagt, wo der Forderung eine bloße Laune zu Grunde liegt, und sie nur gewährt, wo die Forderung der Ausdruck eines nach seinem Ermessen berechtigten Interesse ist. Aber wenn ich z. B. mir von meinem Nachbar versprechen lasse, daß derselbe ein mich in meinen Arbeiten störendes Clavierspielen unterlasse, wird man dann meinem Nachbar die Freiheit gestatten wollen, ungestraft den Vertrag zu brechen? Zu eng ist es daher, wenn Puchta §. 220 (vgl. auch Buchka Stellvertretung S. 190. 191) von dem Geldinteresse nur da absehen will, „wo die Forderung für den Gläubiger zugleich eine sittliche Pflicht ist". Ohne alle Beschränkung hat sich (mit besonderer Rücksicht auf den Vertrag zu Gunsten eines Dritten) für die Zulässigkeit von Forderungsrechten auf Leistungen, welche keinen Geldwerth für den Gläubiger haben, erklärt (nur bei der römischen Stipulation sei es anders gewesen) Heyer Abhandlungen Nr. 1 (1841) und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III. 1 (1847); jedoch ist seine Beweisführung nicht genügend. Vgl. darüber Sintenis II §. 102 Note 4, Girtanner Bürgschaft S. 63 fg., Buchka Stellvertretung S. 4 fg., Vangerow III §. 608 Anm. Nr. I. 1; aber auch die Bemerkung Rudorff's zu Puchta §. 220. l. Anerkannt ist das hier Gesagte von Rudorff a. a. O. und zu Note i das.; übereinstimmend auch, in beachtenswerther Ausführung, Ziebarth in der §. 152 Note 2 a. E. citirten Schrift S. 29 fg. 171—172. S. ferner die Erkenntnisse bei Seuff. Arch. II. 272 und bei Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock II. 30. Widersprechend neuerdings wieder Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (1866) S. 64 fg., dessen Gründe im Wesentlichen sind, daß die richterliche Strafverhängung dem Gläubiger nicht (mit Sicherheit) verschaffe, worauf sein Interesse gehe, und daß sie gar nichts helfe bei unmöglich gewordener Leistung. Also weil dem Gläubiger nicht vollständig geholfen werden kann, soll ihm gar nicht geholfen werden?

[4] Nichts Anderes ist auch, wenn ich nicht irre, der Kern der Gedanken-

§. 251a.

Was die Bezeichnungsweise angeht, so wird statt „Forderungsrecht" auch „Forderung" schlechthin gesagt[1]. Die dem Forderungsrechte gegenüberstehende Verpflichtung heißt „Schuld"; jedoch zeigt der Sprachgebrauch eine entschiedene Neigung, diesen Ausdruck auf Geldschulden zu beschränken[2]. Neben diesen Ausdrücken haben wir aus der römischen Rechtssprache den Ausdruck „Obligation" aufgenommen, bezeichnen aber mit demselben nach dem Vorgange des römischen Rechtes nicht bloß die dem Forderungsrechte gegenüberstehende Verpflichtung, sondern auch das Forderungsrecht selbst, sowie ferner das Gesammtrechtsverhältniß, von welchem Forderungsrecht und Verpflichtung nur die beiden Seiten sind[3]. Der

---

gänge, mit denen Brinz (Note **) dem Begriff des Forderungsrechtes näher zu kommen gesucht hat.

[1] Es wird die Thatsache genannt statt des Rechtes auf die Thatsache, §. 251a. wie wir „Anspruch" sagen statt „Recht zum Ansprechen", „Nießbrauch" statt „Recht zum Nießbrauchen", und wie die Römer „actio" sagen statt „ius agendi", „ususfructus" statt „ius utendi fruendi". Vgl. I §. 43 Note 1. §. 44 Note 1. §. 205 Note 1. — Delbrück die Uebernahme fremder Schulden S. 3—15 nimmt für „Forderung" im Gegensatz zum Forderungsrecht einen besonderen, auf deutscher Rechtsanschauung beruhenden, Begriff in Anspruch. „Forderung" soll das Forderungsrecht in seiner abstracten Eigenschaft als Vermögenswerth bezeichnen, und so die „Forderung" gar nicht in das Obligationenrecht gehören. S. dawider Windscheid krit. Ueberschau I S. 36—38, Kuntze die Obligation §. 25—27; aber vgl. auch Gürgens Jahrb. f. Dogm. VIII S. 250 fg. Vgl. ferner §. 252 Note 1 a. E.

[2] Genauer: auf Verpflichtungen, deren Gegenstand die Verschaffung des Eigenthums an einer Geldsumme ist. In diesem Sinne ist „Schuld", was die Römer aes alienum nennen (s. namentlich l. 213 §. 1 D. de V. S. 50. 16). Vgl. auch die Ausführungen von Brinz Pand. §. 92 und von Salkowski zur Lehre von der Novation S. 9 fg. — Delbrück (Note 1), entsprechend seiner Auffassung der „Forderung", sieht auch in dem Ausdruck „Schuld" die Bezeichnung für einen selbständigen Begriff, die Verpflichtung in ihrer abstracten Eigenschaft als Vermögensminderung, als negativer Vermögenswerth.

[3] Der römische Ausdruck obligatio bezeichnet, wie der deutsche Ausdruck Verpflichtung: 1) die Thatsache des Verpflichtens (z. B. l. 20 D. de iud. 5. 1, l. 19 D. de V. S. 50. 16); 2) den durch diese Thatsache hervorgerufenen Zustand des Verpflichtetseins. In diesem Sinne definirt pr. I. de obl. 3. 13 die obligatio als „iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae secundum nostrae civitatis iura". Der Ausdruck wird aber auch 3) zur Bezeichnung des der Verpflichtung gegenüberstehenden Forderungsrechtes gebraucht, in gleicher Weise wie der Ausdruck servitus die ganz gewöhnliche

Forderungsberechtigte heißt „Gläubiger", der ihm gegenüberstehende Verpflichtete „Schuldner".

II. Gegenstand des Forderungsrechtes.

A. Ueberhaupt.

§. 252.

Unter Gegenstand des Forderungsrechtes wird hier die Handlung verstanden, zu welcher das Forderungsrecht den Schuldner

---

Bezeichnung für das Dienstbarkeitsrecht ist. Es ist das eine Ungenauigkeit des Sprachgebrauches, welche in der römischen Rechtssprache durchaus festgewurzelt und so häufig ist, daß es überflüssig erscheint, besondere Belegstellen dafür anzuführen. Nur auf l. 30 D. de O. et A. 44. 7 sei hier hingewiesen, wo sogar von einer „obligatio creditorum" die Rede ist, und darauf, daß eine Hinneigung zu diesem Sprachgebrauch sich auch in der zweiten, in den Quellen enthaltenen Begriffsbestimmung der obligatio geltend macht. L. 3 pr. D. de O. et A. 44. 7. „Obligationum substantia . . in eo consistit, ut . . . alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum". Um so mehr konnte der Ausdruck obligatio 4) da gebraucht werden, wo es nicht auf einseitige Hervorhebung des Forderungsrechtes oder der Verpflichtung, sondern auf die Bezeichnung des Gesammtrechtsverhältnisses ankam. — Von dem Sinne des Wortes „obligatio" handeln die Aufsätze von Hugo in dessen civil. Magazin I. 9 (1791) und III. 20 (1812), und von Riebel das. V. 3 (1814). Vgl. auch Kuntze die Obligation ꝛc. §. 5, Windscheid die Actio ꝛc. S. 169 Note 3, Kuntze Inhaberpapiere S. 243 Note 7. — Für unser „Forderungsrecht" hatten die Römer keinen entsprechenden Ausdruck, sondern mußten sich mit dem allgemeinen „Anspruch (actio)" behelfen, obgleich ein engerer Sprachgebrauch unter actio bloß die obligatorische actio verstand (l. 178 §. 2 D. de V. S. 50. 16, l. 28 D. de O. et A. 44. 7), so daß häufig die Ausdrücke actio und obligatio als gleichbedeutend gebraucht werden, vgl. u. a. l. 8 §. 11 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 10 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7 §. 1 D. de cap. min. 4. 5.

[4] Creditor — debitor, l. 10 l. 11 l. 12 pr. D. de V. S. 50. 16. Ursprünglich war der Sprachgebrauch ein engerer, l. 5 §. 3 D. de O. et A. 44. 7. Ein allgemeiner Ausdruck für das Obligationssubject überhaupt ist „reus", obgleich dieser Ausdruck sich später fast ganz auf den Schuldner zurückgezogen hat; aber vgl. Festus s. v. reus, Cic. de oratore II. 43, und noch z. B. l. 1 D. de duob. reis 45. 2. „Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur, qui promittit, reus promittendi habetur". — Den Ausdrücken „creditor" und „debitor" entsprechen die Ausdrücke „creditum" und „debitum", z. B. l. 3 D. fam. herc. 10. 2, l. 1 D. de compens. 16. 2.

verpflichtet[1]. Den Gegenstand des Forderungsrechtes in diesem Sinne bezeichnet man durch den Ausdruck „Leistung".

In Betreff der Leistung sind folgende Gegensätze zu bemerken.

1. Die Leistung kann eine positive oder eine negative sein, d. h. sie kann ein Thun oder ein Unterlassen zum Inhalte haben[1a]. Die bei weitem wichtigsten Leistungen sind die positiven[2];

---

[1] Der Ausdruck „Gegenstand des Forderungsrechtes" ist mehrdeutig. Man kann unter diesem Ausdruck verstehen, wie hier geschieht, die Handlung, welche kraft des Forderungsrechtes gefordert werden kann. Man kann darunter aber auch Dasjenige verstehen, was in dem Forderungsrechte rechtlich beherrscht wird; dieß ist, wie bei dem dinglichen Rechte die Sache, so bei dem Forderungsrechte die Person, näher der Wille der Person (I §. 38). Endlich aber läßt sich noch ein anderer Sprachgebrauch, obgleich er ungenau ist, schwer abweisen, wonach auch die Sache, deren Leistung (Verschaffung zu Besitz, Genuß, Eigenthum) kraft des Forderungsrechtes verlangt werden kann, als Gegenstand des Forderungsrechtes bezeichnet wird. Es wäre sehr erwünscht, wenn man dieser Mehrdeutigkeit durch Einführung neuer Ausdrücke entgehen könnte; aber solche Ausdrücke bieten sich nicht dar. So bleibt nichts übrig, als auf jene Mehrdeutigkeit aufmerksam zu machen, und davor zu warnen, daß man nicht unbewußt den Ausdruck bald in diesem, bald in jenem Sinne gebrauche. — Vgl. auch Kuntze die Obligation rc. §. 34, welcher selbst unter „Gegenstand der Obligation" das von derselben geforderte Handeln als solches versteht, im Gegensatz zu seinem Inhalt gedacht. So auch Salkowski zur Lehre von der Novation S. 4. — Köppen Erbrecht S. 246—248 sieht als Gegenstand des Forderungsrechtes das Vermögen des Schuldners an, welches dadurch gemindert werde; er bleibt also in ähnlicher Weise, wie Delbrück (§. 251[a] Note 1), auf den er auch verweist, bei dem öconomischen Resultat des Forderungsrechtes stehen, und berücksichtigt nicht dessen juristische Structur. Vgl. noch Unger I S. 499—500. 543. §. 252.

[1a] Auch das Unterlassen ist eine Handlung, eine Willensbestimmung, nur nicht eine Bestimmung des Willens zur Thätigkeit, sondern eine Bestimmung zur Unthätigkeit. Diesen Gedanken drücken zwei neuere Schriftsteller (H. Gerber Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast §. 11, Maxen über Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 200—210), nicht glücklich, so aus: die Forderungsrechte auf Unterlassen seien Forderungsrechte auf Verzicht auf das Recht zum Thun. S. dawider auch Unger II §. 129 Note 31a.

[2] Beispiele von negativen Leistungen aus den Quellen: l. 2 §. 5 l. 4 pr. l. 75 §. 7 l. 83 pr. l. 85 §. 3 D. de V. O. 45. 1, l. 13 pr. D. comm. praed. 8. 4. Hierher gehören auch die deutschen Bannrechte, d. h. diejenigen Rechte, kraft deren Jemand verbieten kann, daß die Einwohner eines gewissen Bezirkes gewisse Bedürfnisse bei einem Andern, als bei ihm, befriedigen (Bierzwang, Mühlenzwang, Backofenzwang rc.).

unter ihnen aber wieder sind von besonderer Wichtigkeit diejenigen, welche zum Inhalt das Verschaffen von Eigenthum, ein Geben im streng juristischen Sinne des Wortes[3], haben. Außerdem kann die positive Leistung zum Inhalt haben: Verschaffung irgend eines andern Rechtes, Befreiung von einer dinglichen oder obligatorischen Last, Hingabe einer Sache zum bloßen factischen Haben oder zum Gebrauch oder zur Benützung, irgend eine andere Thätigkeit. Der Inhalt der Leistung kann auch aus Thun und Unterlassen, oder aus den verschiedenen Arten des Thuns gemischt sein.[4]

2. Die Leistung kann eine vorübergehende oder eine dauernde sein[5], d. h. sie kann die Willensthätigkeit in einer nur vorübergehenden oder in einer dauernden Weise in Anspruch nehmen. Dauernd ist die negative Leistung; aber auch die positive kann es sein[6].

3. Die Leistung kann eine einfache oder eine zusammengesetzte sein[7]. Einfach ist die Leistung, welche auf das Bewirken

---

[3] Man sagt aber nicht: das Eigenthum geben, sondern nach dem bekannten Sprachgebrauch, welcher das Eigenthumsrecht mit seinem Gegenstand identificirt (I §. 42 Note 4): eine Sache geben.

[4] Die Römer gebrauchen zur Bezeichnung der möglichen Verschiedenheit des Inhalts der Leistung die Ausdrücke: dare, facere, praestare (l. 3 pr. D. de O. et A. 44. 7). Dare geht in seinem strengen Sinne auf Verschaffung eines Rechtes an einer Sache (nach Civilrecht), im weiteren Sinne aber bezeichnet es jede andere Verschaffung, z. B. dare operas (u. a. l. 8 pr. D. de op. lib. 38. 1). Ebenso bezeichnet facere sowohl den Gegensatz zum dare, als es das dare mit umfaßt (l. 2 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 218 D. de V. S. 50. 16). Sehr bestritten ist der Sinn des Ausdruckes praestare (die obligatorische Leistung überhaupt? Leistung aus dare und facere gemischt? Delictsleistung? Sicherheitsleistung? Einstehen für Etwas?). Vgl. Unterholzner I §. 98, Marezoll Zeitschr. für Civilr. u. Pr. X. 8, Puchta Inst. II §. 165 von Note i an, Savigny Oblig. I S. 299—301 und Syst. V Beil. XIV Nr. XXV—XXIX, Rudorff Zeitschr. f. geschichtl. RW. XIII S. 187 Note 9, Huschke das. XIII S. 249—254, Brinz Pand. §. 135. Uebrigens ist das römische Recht weit davon entfernt, an diese Ausdrücke eigenthümliche, von einander abweichende Rechtsregeln anzuknüpfen. Savigny Obl. I S. 301.

[5] Savigny Obl. I S. 302.

[6] Z. B. die Leistung des Vermiethers, des Vormundes.

[7] Sintenis II S. 36. 37, Gerber Jahrb. f. Dogm. II S. 43—52, Muther zur Lehre von der römischen Actio S. 118 fg. Vgl. auch I §. 107 Note 8. II §. 464 Note 4.

eines einigen Erfolges gerichtet ist; zusammengesetzt ist die Leistung, deren Erfolg nur durch eine Mehrheit von Willensthätigkeiten, jede mit einem unterschiedenen Erfolg, erreicht werden kann[8]. Die zusammengesetzte Leistung besteht aus einer Mehrheit von Leistungen; aber diese Mehrheit wird unter einem verbindenden Gesichtspunkt als Einheit gedacht. Wo der verbindende Gesichtspunkt fehlt, hat man nicht eine zusammengesetzte Leistung, sondern eine Mehrheit von Leistungen schlechthin[9].

Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Leistung*.

§. 253.

4. Die Leistung kann eine theilbare oder eine untheilbare sein. Theilbar ist[1] die Leistung, welche unbeschadet ihres Wesens in

---

[8] Beispiele: eine einfache Leistung ist die negative Leistung, ferner das Geben; eine zusammengesetzte Leistung ist die Vermögensverwaltung, die Leistung des Gesellschafters.

[9] Die Leistung dessen, der sich anheischig macht, die Schulden eines Andern zu bezahlen (Alles, was die Eigenschaft hat, Schuld dieses Andern zu sein) ist eine zusammengesetzte Leistung. Wer sich anheischig macht, für einen Andern dessen Schuld a und dessen Schuld b zu bezahlen, verpflichtet sich nicht zu einer zusammengesetzten Leistung, sondern zu mehreren Leistungen, wenn auch der Andere außer a und b keine Schulden hat. Vgl. l. 29 pr. D. de V. O. 45. 1. „Scire debemus, in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summae sunt, totque esse stipulationes, quot species sunt . . . . . Quamvis autem placuerit, tot esse stipulationes, quot summae, totque esse stipulationes, quot res, tamen, si pecuniam quis, quae in conspectu est, stipulatus sit, vel acervum pecuniae, non tot sunt stipulationes, quot nummorum corpora, sed una stipulatio: nam per singulos denarios singulas esse stipulationes absurdum est. Stipulationem quoque legatorum constat unam esse, quamvis plura corpora sint vel plura legata. Sed et familiae vel omnium servorum stipulatio una est. Item quadrigae aut lecticariorum stipulatio una est. At si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt, quot corpora". L. 86 l. 140 pr. eod., l. 75 §. 9 eod., l. 16 §. 1 l. 140 §. 1 eod., l. 58 pr. D. de fidei. 46. 1, l. 21 pr. D. de recept. 4. 8, l. 35 §. 7 D. de m. c. don. 39. 6.

* Die neueste und ausführlichste Schrift über diesen Gegenstand ist die von Ubbelohde: die Lehre von den untheilbaren Obligationen (1862). Andere monographische Bearbeitungen dieser Lehre sind: Rubo Versuch einer Erklärung der Fragmente lex II, III, IV, LXXXV Dig. de verborum obligationibus (1822). de Scheurl commentatio ad LL. 2, 3, 4, 72 & 85 D. §. 253.

Theile zerlegt werden kann, so daß also jede Theilleistung eine Leistung des gleichen Inhalts ist, wie die Gesammtleistung, und sich von der Gesammtleistung nur quantitativ unterscheidet; untheilbar ist diejenige Leistung, bei welcher eine solche Zerlegung nicht möglich ist[2]. Unter Theilen einer Leistung sind also Bruchtheile, Rechnungstheile zu verstehen[3]. Im Einzelnen ist theilbar die Leistung, welche zum Inhalte die Verschaffung des Eigenthums[4]

---

de verborum obligationibus (Inauguralabhandlung 1835). Außerdem sind zu vergl. vor Allem Savigny Obl. I §. 29—36; ferner Ribbentrop zur Lehre von den Correal-Obligationen §. 21—24, Brinz krit. Blätter IV S. 45—52 und Pandekten §. 139, Vangerow III §. 567 Anm. 2, Sintenis II S. 40—55.

[1] Wächter Arch. f. civ. Pr. XXVII S. 187, Rubo S. 32 fg., Scheurl p. 49 sqq., Savigny §. 31, Ubbelohde S. 22.

[2] Dieß ist der juristische Begriff der Theilbarkeit der Leistung, während der Sprachgebrauch des Lebens geneigt ist, theilbar diejenige Leistung zu nennen, welche nicht anders, als durch eine Reihe einzelner, von einander abgegrenzter Handlungen beschafft werden kann, wie z. B. Errichtung eines Bauwerkes. Im juristischen Sinne ist die Errichtung eines Bauwerkes eine untheilbare Leistung, weil die einzelnen Handlungen, durch welche sie bewerkstelligt wird, zum Inhalt nicht die Errichtung eines Bauwerkes haben (die Errichtung eines Bauwerkes ist nur ihr Zweck). Vgl. l. 80 §. 1 D. ad. leg. Falc. 35. 2 (Note 8). Dagegen ist z. B. das Geben einer Summe Geldes eine theilbare Leistung, weil das Geben einer jeden Summe, welche kleiner ist, als die verschuldete, immerhin das Geben einer Summe Geldes ist. Eine Leistung, welche in jenem vulgären Sinne eine theilbare genannt wird, ist nicht sowohl eine theilbare, als eine zusammengesetzte; was man ihre Theile nennt, sind nicht sowohl ihre Theile, als ihre Bestandtheile (§. 252 Nr. 3). Es verhält sich also mit dem Begriff der Theilbarkeit bei Leistungen gerade so, wie bei Sachen (I §. 140 Note 1). — Vgl. Seuff. Arch. XVII. 15. (?)

[3] Bei theilbaren Sachen ist der Theil ein körperlicher; dieß muß natürlich bei Leistungen, welche keinen Körper haben, anders sein. Wenn man auch bei Sachen von Bruchtheilen spricht (I §. 140 zweiter Absatz), so beziehen sich diese ebenfalls auf etwas Unkörperliches, den Werth der Sache.

[4] Die Verschaffung des Eigenthums an einer Quantität vertretbarer Sachen ist theilbar, weil die zu leistende Quantität es ist, l. 2 §. 1 l. 54 pr. l. 85 §. 1 l. 117 D. de V. O. 45. 1, l. 9 §. 1 l. 29 D. de solut. 46. 3. Die Verschaffung des Eigenthums an einer theilbaren Sache, z. B. einem Grundstücke, ist theilbar, weil die zu leistende Sache es ist. Unter allen Umständen aber ist die Leistung, welche Verschaffung des Eigenthums zum Inhalte hat, theilbar durch s. g. ideelle Theilung (Werththeilung) der zu leistenden Sache. L. 54 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 9 §. 1 l. 34 §. 1 D. de solut. 46. 3. Ubbelohde §. 6.

oder eines andern theilbaren Rechtes[5] hat, untheilbar diejenige, welche zum Inhalte die Verschaffung eines untheilbaren Rechts[6] hat; in gleicher Weise ist zu unterscheiden, wenn die Leistung die Befreiung von dem Recht eines Andern zum Inhalte hat[7]. Leistungen, welche nicht die Bewirkung eines rechtlichen Erfolges zum Inhalte haben, positive wie negative, sind regelmäßig untheilbar[8], jedoch ist es auch bei ihnen nicht durchaus ausgeschlossen, daß der durch sie zu erreichende Erfolg bruchtheilweise verwirklicht werden könne[9]. — Jenachdem die Leistung theilbar oder untheilbar ist, ist es auch das auf die Leistung gerichtete Forderungsrecht. Die praktische Bedeutung der Unterscheidung zwischen theilbaren und untheilbaren Forderungsrechten liegt darin[10], daß das theilbare Forderungsrecht theilweise aufgehoben werden, und daß es sich in eine Mehrheit von einander unab-

---

[5] L. 5 D. de usufr. 7. 1, l. 13 §. 1 D. de accept. 46. 4. Ubbelohde §. 9. 10.

[6] L. 17 D. de serv. 8. 1, l. 25 §. 9—11 D. fam. herc. 10. 2, l. 2 §. 1 l. 72 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 13 §. 1 D. de accept. 46. 4. Ubbelohde §. 8.

[7] Ubbelohde §. 10.

[8] L. 72 pr. D. de V. O. 45. 1. „Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae . . . . Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi (darüber Savigny Oblig. I S. 335 fg., Ubbelohde §. 7, Rudorff zu Puchta §. 222. b), vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile; horum enim divisio corrumpit stipulationem . . . .“. L. 80 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2: — „si opus municipibus heres facere iussus est, individuum videtur legatum; neque enim ullum balineum, aut ullum theatrum aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit . . .“. L. 85 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Für Unterlassungen: l. 2 §. 5. 6 l. 3 l. 4 pr. l. 85 §. 3 D. de V. O. 45. 1. Ubbelohde §. 11—14.

[9] Hierher gehört z. B. die Nichtbehelligung mit einem Anspruch; diese Nichtbehelligung kann vorhanden sein oder nicht vorhanden sein nach Bruchtheilen des Anspruchs. L. 4 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 44 §. 6 D. fam. herc. 10. 2 (vgl. übrigens Ubbelohde S. 285—294). Noch deutlicher tritt die Theilbarkeit der Leistung hervor, wenn das zu leistende Thun quantitativ bestimmt ist, z. B. eine bestimmte Anzahl von Arbeitstagen. L. 54 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 15 §. 1 D. de op. lib. 38. 1.

[10] Savigny S. 322—325. 349—351, Ubbelohde S. 19—21.

hängiger Forderungsrechte spalten kann, während das Eine und das Andere bei den untheilbaren Forderungsrechten unmöglich ist[11].

Bestimmtheit und Unbestimmtheit der Leistung*.

§. 254.

Der Inhalt der Leistung kann durch die das Forderungsrecht begründende Thatsache mehr oder weniger genau bestimmt sein[1]. Unter den Fällen, in welchen die Bestimmtheit keine vollständig genaue ist, ist folgender Unterschied von juristischer Wichtigkeit. Entweder liegt neben der Unbestimmtheit zu gleicher Zeit die Verweisung auf eine Quelle vor, durch welche die Unbestimmtheit zur Bestimmtheit erhoben werden soll; oder es ist dieß nicht der Fall. Im letzten Falle ist die Ergänzung der Unbestimmtheit ein Recht des Schuldners; soweit der Schuldner nicht gebunden ist, hat derselbe freie Hand[2]. Ist aber die Unbestimmtheit von der Art, daß der Schuldner sich aller Leistungspflicht entziehen kann, so ist ein Forderungsrecht nur scheinbar vorhanden[3]. Die Quelle, auf welche zur Ergänzung der Unbestimmtheit verwiesen ist, kann die Erklärung einer der Parteien sein, oder die Erklärung eines Dritten[4], oder das richterliche Ermessen[5], oder

---

[11] L. 2 §. 1 l. 85 pr. §. 2 D. de V. O. 45. 1, l. 13 §. 1 D. de accept. 46. 4. — Von der Behandlung, welche bei untheilbaren Forderungsrechten im Falle einer Mehrheit der Gläubiger oder Schuldner eintritt, wird unten (§. 299) näher die Rede sein.

* Unterholzner I §. 105. 106, Savigny Obl. I §. 38 fg., Sintenis II S. 26—36, Holzschuher III §. 208.

§. 254. [1] Ueber die strengen Anforderungen, welche die Römer an das „certum“ als Obligationsgegenstand machen (stipulatio certi, condictio certi), s. Savigny Obl. I S. 388 Note c und System V Beil. XIV Nr. XXXII—XLVI.

[2] Vgl. l. 99 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 106 eod.

[3] L. 94 l. 95 l. 115 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 71 pr. D. de leg. I[o] 30, l. 35 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 69 §. 4 D. de I. D. 23. 3, l. 1 C. de dot. prom. 5. 11. L. 71 pr. cit.: — „magis derisorium est, quam utile legatum“. Vgl. l. 17 l. 46 §. 3 l. 108 §. 1 D. de V. O. 45. 1. S. auch §. 314 Note 2. Vgl. Seuff. Archiv X. 241, XIII. 219, XV. 211, XVI. 26.

[4] In l. 25 pr. D. loc. 19. 2 heißt es: „Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur“. Gewicht ist zu legen auf das Wort „generaliter“; der Sinn desselben ist, daß

irgend eine andere Thatsache[6]. Ist die Entscheidung auf den Willen des Schuldners gestellt, so ist wieder zuzusehen, ob nicht derselbe dadurch aller Gebundenheit ledig, und in Folge davon ein Forderungsrecht gar nicht vorhanden ist[7]. Versagt die bezeichnete Quelle der Entscheidung, so ist es, als wenn auf eine solche gar nicht verwiesen worden wäre[8]. Ist es ungewiß, ob aus derselben eine Entscheidung herzuleiten sein wird, und die Unbestimmtheit ist von der Art, daß sie die Existenz des Forderungsrechtes in Frage stellt, so liegt einstweilen nur ein bedingtes Forderungsrecht vor[9].

§. 255.

Besonders hervorzuheben sind unter den Fällen der Unbestimmtheit der Leistung diejenigen, wo der Inhalt der Leistung nur alternativ oder nur generisch bestimmt ist. Man nennt in diesen Fällen die Obligation selbst eine alternative oder eine generische.

1. Alternative Obligation[1]. Der Schuldner soll Dieses

---

gar keine bestimmte Person genannt worden sei. Der Gegensatz ist in dem Folgenden enthalten: „sin autem quanti Titius aestimaverit —“.

[5] So namentlich bei den actiones bonae fidei, arbitrariae, in aequum et bonum conceptae. Vgl. I §. 46. Auch dann hängt die Endentscheidung vom Richter ab, wenn der Inhalt der Leistung nicht sowohl durch den nackten Willen einer bezeichneten Person, als durch ihr billiges Ermessen (arbitrium boni viri, im Gegensatz zum arbitrium schlechthin) bestimmt werden soll. L. 24 pr. D. loc. 19. 2, l. 76—80 D. pro soc. 17. 2, l. 69 §. 4 D. de I. D. 23. 3, l. 3 C. de dot. prom. 5. 11, l. 1 §. 1 D. de leg. II° 31, l. 22 §. 1 D. de R. I. 50. 17. Vgl. l. 35 D. mand. 17. 1.

[6] Z. B. Kauf um den Preis, um welchen der Verkäufer seinerseits die Sache angekauft hat. Vgl. l. 7 §. 1. 2 l. 37 D. de contr. emt. 18. 1, l. 35 §. 5. 6 eod., l. 27 D. de leg. II° 31.

[7] Vgl. §. 386 Note 6. 7.

[8] Nur darf der Schuldner die Entscheidung nicht verweigern, wenn die nähere Bestimmung des Inhaltes der Leistung ihm überlassen worden ist; er würde dadurch das Forderungsrecht vereiteln. Bleibt er daher hartnäckig, so wird er sich gefallen lassen müssen, daß der Gläubiger statt seiner die Entscheidung treffe. So z. B. bei der alternativen Obligation (§. 255 zu Note 11).

[9] L. 75 D. pro socio 17. 2, l. 25 pr. D. loc. 19. 2, l. 141 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 15 C. de contr. emt. 4. 38, §. 1 I. de emt. et. vend. 3. 23.

[1] Ueber die alternative Obligation sind zu vergleichen: Vangerow III §. 255

oder Jenes leisten[2]. Eines muß er leisten; unbestimmt ist nicht, ob, sondern was er leisten muß. Deßwegen darf die alternative Obligation nicht als bedingte Obligation gedacht werden[3]. Was aber der Schuldner zu leisten hat, hängt nach dem zuvor Gesagten von seiner Wahl ab, nicht von der des Gläubigers[4]; soll der Gläubiger die Wahl haben, so muß dieß bei der Begründung der Obligation besonders festgesetzt sein[5]. — Die alternative

---

§. 569 Anm., Savigny Obl. I §. 38, Fitting Correalobl. S. 136—169. S. auch Holzschuher III §. 210.

[2] Z. B. diese oder jene Sache geben, diese Sache geben oder diese Arbeit verrichten ꝛc. Natürlich kann die Zahl der Leistungsinhalte, unter welchen die Auswahl getroffen werden soll, auch größer als zwei sein.

[3] Daher geht das alternative Vermächtniß auf die Erben über (l. 19 D. de opt. leg. 33. 5), während für das bedingte bekanntlich das Gegentheil gilt (I §. 89 Note 8). Vgl. auch l. 72 §. 4 D. de sol. 46. 3 mit l. 31 D. de V. O. 45. 1. — Ausnahmsweise kann allerdings die alternative Obligation eine bedingte in der That sein, wenn nämlich die Entscheidung auf eine Quelle gestellt ist, welche auch versagen kann, wie in l. 141 §. 1 D. de V. O. 45. 1 (§. 254 Note 9).

[4] §. 33 de I. de act. 4. 6, l. 25 pr. l. 34 §. 6 D. de contr. emt. 18. 1, l. 10 §. 6 D. de I. D. 23. 3.

[5] L. 75 §. 8 l. 112 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 10 §. 6 D. de I. D. 23. 3. — Natürlich kann dem Gläubiger die Wahl für einen gegebenen Fall auch durch gesetzliche Bestimmung zugesprochen werden; aber der von Savigny Obl. I S. 395 angeführte Fall (l. 17 §. 5 D. comm. 13. 6) gehört hierher nicht: in demselben hat der Gläubiger die Wahl, ob er den vorliegenden Thatbestand so oder so qualificiren, und demgemäß aus demselben dieses oder jenes Forderungsrecht herleiten will. — Hat der Gläubiger die Wahl, so muß man sagen, daß jeder Leistungsinhalt sogleich in obligatione sei, da den Gläubiger nichts hindert, seinen Willen sofort dahin geltend zu machen, daß gerade dieser Inhalt ihm geleistet werde. Daher die Entscheidung in l. 76 D. de leg. I° 30. (A. M. Fitting a. a. O; s. dawider Windscheid krit. VJSchr. III S. 165—167.) Anders wenn dem Schuldner die Wahl zusteht; in diesem Falle kann man sofort von keinem Leistungsinhalte sagen, daß gerade er verschuldet werde, sondern erst durch die wirkliche Leistung stellt sich der verschuldete Leistungsinhalt heraus. Daher l. 75 §. 4 D. de leg. I° 30, l. 50 §. 1 D. de leg. II° 31. S. auch l. 75 §. 8 D. de V. O. 45. 1. Von der andern Seite ist es freilich ebenso wahr, daß jeder Leistungsinhalt der wirklich verschuldete werden kann, und als möglicher Gegenstand des Forderungsrechtes individuell bezeichnet ist. Eine Folge davon ist, daß der Schuldner in Beziehung auf keinen ungebunden ist, woraus allein sich l. 95 §. 1 D. de sol. 46. 3 (Note 14), l. 5 §. 2 D. qui et a quib. 40. 9 erklären. In-

Obligation kann zu einer einfachen werden, d. h. sie kann sich auf Einen Leistungsinhalt concentriren, so daß sowohl das Recht, einen andern Leistungsinhalt zu wählen, wegfällt, als auch alle andern rechtlichen Folgen eintreten, welche eingetreten sein würden, wenn die Obligation von Anfang an nur diesen einen Leistungsinhalt zum Gegenstand gehabt hätte[6]. Eine solche Concentration tritt ein: 1. durch wirklich vollzogene Leistung[7]; 2. durch Vertrag zwischen den Parteien[8]. 3. Durch eine einseitige Erklärung des wahlberechtigten Schuldners oder Gläubigers tritt die Concentration an und für sich nicht, sondern nur dann ein, wenn dieß in dem die Obligation begründenden Rechtsgeschäft ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt worden ist[9]. 4. Der Proceß (Streit-

---

sofern kann man denn doch auch in diesem Falle sofort von einem jeden Leistungsinhalte sagen, daß er in obligatione sei; vgl. l. 128 D. de V. O. 45. 1, l. 11 §. 1 D. de leg. II° 31. — Wesentlich verschieden von der alternativen Obligation ist daher der Fall, wo der Schuldner, während er verpflichtet bloß zu einer Leistung ist, die Befugniß hat, sich auch mit einer andern Leistung zu lösen (s. g. facultas alternativa). Hier ist die zweite Leistung in keiner Weise in obligatione, sondern nur in solutione. Vgl. als Beispiel §. 396 Note 2, und im Allgemeinen Wächter II S. 198—200, Unger I S. 493—495.

[6] Dieß gilt namentlich von der Befreiung des Schuldners durch Eintritt schuldloser Unmöglichkeit in Beziehung auf den gewählten Leistungsinhalt.

[7] Die Leistung muß vollständig gemacht sein. Theilweise Leistung des einen der mehreren Leistungsinhalte ist gar keine Leistung, da es ungewiß ist, ob der andere Theil desselben Leistungsinhaltes hinzukommt, und das Forderungsrecht nicht theilweise mit dem einen, theilweise mit dem andern Leistungsinhalte befriedigt werden kann. Der Schuldner ist also einstweilen auch nicht theilweise befreit, sondern wird erst (auf das Ganze) befreit, wenn er den andern Theil desselben Leistungsinhaltes hinzuleistet. Thut er das nicht, sondern leistet er den andern Leistungsinhalt, so kann er das zuerst Geleistete wegen ermangelnder Voraussetzung (wegen nicht erreichter Absicht der Befreiung) zurückfordern. L. 26 §. 13. 14 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 §. 1 D. de V. O. 45. 1 (vgl. Vangerow III §. 567 Anm. 2 Nr. II. 1, Erxleben condictiones sine causa II S. 206), l. 85 §. 4 i. f. eod., l. 15 D. de leg. II° 31. Vgl. §. 427 Note 5. — Einfluß des Irrthums bei der Leistung: l. 19 D. de leg. II° 31; l. 10 C. de cond. ind. 4. 5, l. 26 §. 13 i. f. D. eod. 12. 6. Ueber l. 21 D. eod. s. Vangerow III §. 569 Anm. 1 Nr. 1.

[8] Vgl. l. 25 pr. D. de pec. const. 13. 5, l. 27 §. 6 D. de pact. 2. 14.

[9] Die durch die Unbestimmtheit des Leistungsinhaltes der einen oder der andern Partei erworbene vortheilhafte rechtliche Stellung kann, wenn darüber bei der Be-

beginn) bewirkt die Concentration dann, wenn dem Gläubiger die Wahl zusteht, und derselbe seine Klage auf einen bestimmten

gründung der Obligation keine andere Bestimmung getroffen ist, nur durch Gründe verloren werden, durch welche Rechte überhaupt verloren werden. L. 138 §. 1 D. de V. O. 45. 1., vgl. 106. eod. S. ferner die in Note 7 citirten Stellen, aus welchen hervorgeht, daß selbst theilweise Leistung des einen Leistungsinhalts eine Concentration der Obligation auf diesen Leistungsinhalt nicht herbeiführt; auch l. 17 D. de accept. 46. 4. Vgl noch l. 21 §. 6 D. de A. E. V. 19. 1 (Seuff. Arch. I. 189). — Ob bei der Begründung der Obligation eine Bestimmung des Inhaltes getroffen sei, daß das Wahlrecht auch durch eine bloße Erklärung solle verloren werden, muß, wenn das begründende Rechtsgeschäft sich nicht unzweideutig darüber ausgesprochen hat (vgl. l. 11 §. 1 D. de leg. I° 30), durch Auslegung festgestellt werden. Dabei wird es vor allen Dingen darauf ankommen, ob überhaupt über die Wahl eine Bestimmung getroffen ist; ist das nicht der Fall, so wird es für eine Auslegung des bezeichneten Inhalts meistens an allem Anhalt fehlen. Die Quellen schließen sie für diesen Fall geradezu aus, l. 138 §. 1 D. de V. O. 45. 1. „Quum pure (d. h. eben: ohne ausdrückliche Einräumung des Wahlrechts) stipulatus sum: illud aut illud dari, licebit tibi quoties volens mutare voluntatem in eo quod praestiturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et eius quae inest". Vgl. auch l. 106 D. eod. Aber auch wenn über die Wahl eine Bestimmung getroffen ist, ist es sehr wohl möglich, daß durch dieselbe bloß hat gesagt werden sollen, wer wählen dürfe, nicht aber, es solle durch die einmal getroffene Wahl eine definitive Entscheidung über den verschuldeten Leistungsinhalt herbeigeführt werden, und wenn die Bestimmung dahin geht, daß nach Wahl des Gläubigers geleistet werden solle, dessen Wahlrecht sich nicht von selbst versteht, so ist jenes sogar die näher liegende Auslegnng. Unsere Quellen freilich sind vorwiegend geneigt, der im Rechtsgeschäft getroffenen Wahlbestimmung eine sachliche, keine bloß persönliche Bedeutung zuzuschreiben, s. l. 84 §. 9 D. de leg. I° und arg. l. 138 §. 1 D. de V. O. 45. 1, ferner l. 95 pr. D. de sol. 46. 3; vgl. aber auch l. 112 pr. D. de V. O., wo unterschieden wird, ob gesagt worden sei, „quum voluero" oder „quum volam". — In der neueren Zeit hat sich Jhering (Jahrb. f. Dogm. I S. 31—33) mit großer Lebhaftigkeit dafür ausgesprochen, daß im heutigen Recht in allen Fällen das Wahlrecht durch die bloße Erklärung des Wahlberechtigten verloren werde; die entgegengesetzte Entscheidung sei nur „vom Standpunkt der römischen Stipulationstheorie" gerechtfertigt; übereinstimmend Demelius Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII. 2 und Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 208—209. Jhering hat sich die Frage nicht vorgelegt, ob die Erklärung des wahlberechtigten Schuldners wie bindend so auch berechtigend für ihn sei, so daß er durch eine in Betreff des gewählten Leistungsinhaltes eintretende schuldlose Unmöglichkeit befreit werde: ich weiß nicht, ob ihm nicht, wenn er dieß gethan hätte, Zweifel an der Haltbarkeit seiner Meinung aufgestiegen sein würden. Wenigstens weist

Leistungsinhalt gerichtet hat[10], während der Schuldner das ihm zustehende Wahlrecht durch den Streitbeginn nie, und erst dann, und zwar zu Gunsten des Gläubigers, verliert, wenn er auch der Execution gegenüber hartnäckig bleibt[11]. 5. Endlich kann sich die alternative Obligation auf einen der mehreren Leistungsinhalte auch dadurch concentriren, daß einer derselben unmöglich wird[12]. Eine solche Unmöglichkeit hat eine Concentration der Obligation auf den andern Leistungsinhalt nur dann nicht zur Folge, wenn

---

er bei generischen Obligationen den Uebergang der Gefahr auf den Gläubiger durch bloße Erklärung des Schuldners mit großer Entschiedenheit zurück (s. Note 20 und §. 390 Note 8). Demelius und Regelsberger a. a. OO. ziehen ausdrücklich die Consequenz, daß mit der Erklärung des Schuldners auch die Gefahr auf den Gläubiger übergehe, und Regelsberger unterwirft folgerichtig dieser Consequenz auch die generischen Obligationen. Vgl. noch Sintenis II §. 83 Note 35. — Gegen Ihering Lang Beiträge zur Hermeneutik S. IX fg., und vgl. sonst noch für die herrschende Meinung Arndts §. 203 Anm. 3 und krit. VJSchr. V S. 339, Vangerow I §. 569 Anm. 1 Nr. 2; Seuff. Arch. IV. 20. Doch bedarf diese herrschende Meinung m. E. eines Zusatzes. Auch die nicht bindende Erklärung des Wahlberechtigten verpflichtet denselben, wenn er hinterher eine andere Wahl trifft, zum Ersatz des s. g. negativen Interesse, d. h. desjenigen Nachtheils, welchen der Gegner dadurch erlitten hat, daß er sich darauf verlassen hat, es werde das in der Erklärung Bezeichnete geleistet werden bez. zu leisten sein (§. 307 Note 5). Wenn dieses Interesse auf Grund einer abgegebenen Vertragserklärung geleistet werden muß (s. a. a. O.), so wird man nicht zu weit gehen, wenn man die Verpflichtung zur Leistung desselben auch durch eine abgegebene Erfüllungserklärung entstehen läßt.

[10] L. 112 pr. i. f. D. de V. O. 45. 1. Vgl. I §. 125 Note 11 §. 126 Note 7. Der Gläubiger braucht jedoch in der Klage nicht zu wählen, sondern kann verlangen, daß ihm der Schuldner auf diese oder jene Leistung verurtheilt werde. Definitiv wählen muß er erst, wenn er Execution begehrt. Wächter Erörter. III S. 117.

[11] §. 33 I. de act. 4. 6; vgl. l. 11 §. 1 D. de leg. II° 31. Auch durch den Verzug verliert der Schuldner nicht sein Wahlrecht. Wächter Erört. III S. 117 Note 64, Vangerow III §. 569 Anm. 1 Nr. 4, Mommsen Beiträge zum Obligationenr. III S. 259 fg. Ueber l. 2 §. 3 D. de eo quod certo loco 13. 4 s. Wächter und Mommsen a. a. OO., Reatz Lehre vom Erfüllungsort S. 3. 4.

[12] L. 2 §. 3 D. de eo quod certo loco 13. 4, l. 34 §. 6 D. de contr. emt. 18. 1, l. 95 pr. §. 1 D. de sol. 46. 3, l. 16 pr. D. de V. O. 45. 1. Bei anfänglicher Unmöglichkeit des einen Leistungsinhaltes tritt die Concentration gleich zu Anfang ein, l. 128 D. de V. O. 45. 1, l. 72 §. 4 D. de sol. 46. 3.

die Unmöglichkeit durch die Schuld des Schuldners eingetreten ist, und der Gläubiger die Wahl hat; hier bleibt es dem Gläubiger unbenommen, statt des unmöglich gewordenen Leistungsinhaltes sein Interesse an demselben zu fordern. Außerdem ist zu bemerken: a) daß der Schuldner, wenn er die Wahl hat, und die Unmöglichkeit ohne seine Schuld eingetreten ist, nicht die Befugniß verliert, den Gläubiger auch mit dem Werth des unmöglich gewordenen Leistungsinhaltes abzufinden[13]; b) daß der Schuldner, wenn die Unmöglichkeit durch seine Schuld eingetreten ist, selbst in dem Falle, wo er die Wahl hat, nicht frei wird, wenn hinterher auch der andere Leistungsinhalt ohne seine Schuld unmöglich wird; er muß dann den Gläubiger dafür entschädigen, daß dieser nun durch seine Schuld weder den einen noch den andern Leistungsinhalt erhält[14].

2. Generische Obligation[15]. Der Inhalt der Leistung

[13] L. 47 §. 3 D. de leg. I° 30 und arg. l. 95 §. 1 D. de solut. 46. 3. Deßwegen ist aber dieser Leistungsinhalt nicht weniger aus der Obligation ausgeschieden, und daher hat nicht etwa, wenn auch der zweite Leistungsinhalt ohne Schuld des Schuldners unmöglich geworden sein sollte, dieser die Verpflichtung, den Werth des ersten zu leisten. — Nur mit Beschränkung will dem Schuldner die hier bezeichnete Befugniß zugestehen Bekker Jahrb. d. gem. R. V S. 374.

[14] Wobei ihm aber die zu Note 13 bemerkte Befugniß zu Statten kommt. L. 95 §. 1 D. de sol. 46. 3: — „si facto debitoris alter (der eine von den beiden verschuldeten Sclaven) sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, ... tamen si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem; sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur". Es ist wohl keiner Frage unterworfen, daß die Römer der Formel des bonae fidei iudicium gegenüber eine actio doli nicht für erforderlich gehalten, und noch weniger, daß sie im bonae fidei iudicium den Beklagten auch wegen bloßer Fahrlässigkeit verurtheilt haben würden, so daß heutzutage von dem Erforderniß des „facto debitoris" abgesehen werden darf. So auch die herrschende Meinung. — Ueber den Einfluß der Unmöglichkeit der Leistung auf die alternative Obligation gibt es eine besondere Abhandlung von Zimmern Archiv f. civ. Pr. I. 23 (1820); außerdem sind zu vergleichen Fuchs das. XXXIV S. 235—241 (1851), Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I §. 26 (1853), Vangerow III §. 569 Anm. 2, Holzschuher III S. 31—36.

[15] Vgl. Ihering Jahrb. für Dogm. IV. 5 (1861), Bekker Jahrb. des gem. R. V. 17 (1862).

ist nur nach Merkmalen, nicht concret bestimmt. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der des Gebens einer nur nach Merkmalen bestimmten Sache, oder einer Quantität solcher Sachen[16]. Der Kreis der Sachen, auf welchen die angegebenen Merkmale verweisen, kann ein mehr oder weniger enger sein; die Sachen können vertretbar oder nicht vertretbar sein (I §. 142)[17]. Die generische Obligation ist eben so wenig eine bedingte, wie die alternative: es steht auch hier die Leistungspflicht fest, und nur der Leistungsinhalt ist ungewiß[18]. Auch für das Wahlrecht gilt hier das Gleiche, wie bei der alternativen Obligation, so daß also der Gläubiger die Wahl nur dann hat, wenn darüber eine Bestimmung getroffen ist[19]. Was die Möglichkeit der Concentration der generischen Obligation auf einen concreten Leistungsinhalt und

---

[16] Eine generische Obligation ist es aber auch, wenn Jemand zu einer nur ihrer Art nach bezeichneten Arbeit verpflichtet ist. Vgl. l. 54 §. 1 D. de V. O. 45. 1.

[17] Beispiele: ein brauchbares Pferd, — ein brauchbares Reitpferd, — ein vor der Front brauchbares Reitpferd, — ein Pferd dieser Art vier Jahr alt ꝛc. Ein Wispel Weizen, — ein Wispel polnischen Weizens, — ein Wispel polnischen Weizens so und so viele Pfund schwer. Ein Wispel Weizen aus dieser Schiffsladung; ein Ohm Wein aus diesem Stückfaß. Eines von meinem Gemälden. — In den Fällen, wo der Kreis der Sachen, aus welchem geleistet werden soll, durch andere Merkmale, als solche, welche die Art bestimmen, bezeichnet ist (wie in den drei letzten der genannten Beispiele), nimmt Savigny (Obl. I §. 38. q. t. und S. 400) eine alternative, keine generische Obligation an. S. dawider Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I S. 341 Note 23, Ihering a. a. O. S. 406, Bekker a. a. O. S. 365. Es ist jedoch zuzusehen, ob nicht die generische Bezeichnung nur eine Abkürzung der alternativen ist, d. h. ob nicht auch bei der generischen Bezeichnung bestimmt vorgestellte Individuen in's Auge gefaßt waren. Oder will man verschiedenes Recht in Anwendung bringen (Note 21), je nachdem der Eigenthümer zweier Pferde „eines von meinen Pferden" oder „entweder mein Pferd A oder mein Pferd B" verspricht?

[18] Das Vermächtniß einer generisch bestimmten Sache geht auf die Erben über, vgl. z. B. l. 25 §. 17 D. fam. herc. 10. 2. Für eine bedingte Obligation erklärt die generische Obligation Mommsen a. a. O. S. 337. 341. S. dawider Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 137 Note 21, Bekker a. a. O. S. 368—370. 398—400, Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 188 fg. S. auch §. 390 Note 9.

[19] L. 32 §. 3 D. de cond. ind. 12. 6, l. 52 D. mand. 17. 1, §. 22 I. de leg. 2. 20.

die Art und Weise angeht, wie eine solche Concentration erfolgt, so gelten bei der generischen Obligation zwar im Uebrigen die gleichen Grundsätze, wie bei der alternativen[20], mit Ausnahme jedoch des Falls, wo jeder andere Leistungsinhalt bis auf Einen unmöglich wird; durch eine solche Unmöglichkeit concentrirt die Obligation sich nicht auf den einen möglich gebliebenen Leistungsinhalt[21]. Dagegen haftet der Schuldner, wenn durch seine

---

[20] Namentlich also, daß die Concentration zwar durch die wirkliche Leistung (vgl. l. 2 §. 1 l. 85 §. 4 D. de V. O. 45. 1, l. 9 §. 1 l. 34 §. 1 D. de sol. 46. 3), sowie durch einen darauf gerichteten Vertrag der Parteien erfolgt, durch eine einseitige Erklärung des Wahlberechtigten aber nur dann, wenn dieß in dem begründenden Rechtsgeschäft so bestimmt ist (vgl. l. 117 D. de V. O. 45. 1). Diese Frage ist in neuerer Zeit namentlich mit Rücksicht auf den Kauf generisch bestimmter Sachen verhandelt worden: von welcher Zeit an trägt der Käufer die Gefahr? S. besonders Thöl Handelsrecht I §. 73, Ihering und Bekker in den in Note 15 citirten Abhandlungen, Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLIX. 8. Diese Schriftsteller kommen darin überein, daß die bloße Ausscheidung des zu Liefernden durch den Verkäufer die Gefahr auf den Käufer nicht übertrage; über die sonst zwischen ihnen bestehende Meinungsverschiedenheit s. §. 390 Note 8. Für den Uebergang der Gefahr auch durch bloße Ausscheidung hat sich ausgesprochen Heyer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XV S. 23 fg.

[21] Wenn beim Kauf alternativ bezeichneter Gegenstände alle ohne Schuld des Verkäufers untergehen, so trägt der Käufer die Gefahr des letzten (l. 34 §. 6 D. de contr. emt. 18. 1); anders bei dem Kauf generisch bezeichneter Gegenstände (l. 35 §. 7 eod., l. 1 §. 1 l. 5 l. 14 §. 1 D. de peric. 18. 6). Kommt bei der alternativen Obligation eine der bezeichneten Sachen in das Eigenthum des Gläubigers, oder steht sie gleich von Anfang in dem Eigenthum des Gläubigers, so kann dieselbe, auch wenn sie hinterher wieder aus dem Eigenthum des Gläubigers hinaustritt, weder gefordert noch geleistet werden (l. 72 §. 4 D. de sol. 46. 3, l. 128 D. de V. O. 45. 1); bei der generischen Obligation ist es auch in dieser Beziehung anders (l. 67 l. 72 §. 4 D. de sol. 46. 3). Allerdings war unter den römischen Juristen auch die Meinung vertreten, daß die generische Obligation in dieser letzteren Beziehung nicht anders zu behandeln sei, als die alternative, und es ist sogar eine diese Meinung geltend machende Stelle von den Compilatoren recipirt worden (l. 66 §. 3 D. de leg. II° 31); aber gegenüber den oben genannten Stellen über die Tragung der Gefahr beim Kaufvertrage darf auf diese Stelle kein Gewicht gelegt werden. Man wird also sagen müssen, daß bei der generischen Obligation keine zu dem bezeichneten Genus gehörige Sache auch nur in dem Sinne in obligatione sei, wie dieß bei der alternativen Obligation jede der alternativ bezeichneten Sachen allerdings ist (§. 255 Note 5), woraus sich die praktische Bedeutung des in Note 17 Bemerkten ergibt. Vgl. auch Bekker

Schuld jede Leistung unmöglich wird, nach den gewöhnlichen Grundsätzen.

B. Hervorzuhebende besondere Gegenstände der Forderungsrechte.

1. Geldleistung*.

§. 256.

Unter den besonderen Gegenständen der Forderungsrechte gibt es einige, von welchen wegen ihrer umfassenden Bedeutung sogleich hier im allgemeinen Theil des Obligationenrechts gehandelt werden muß. Zu diesen gehört vor Allem die Leistung von Geld.

Die Geldleistung ist nicht nur eine der wichtigsten unter den Leistungen, auf welche ein Forderungsrecht gleich von Anfang an gerichtet sein kann, sondern es ist auch jede andere obligatorische Leistung, welche einen Vermögenswerth hat, im Stande, sich unter Umständen in eine Geldleistung zu verwandeln. In Betreff der Geldleistung sind nun folgende juristische Regeln zu bemerken.

1. Es kann vorkommen, daß der Name der Münzen, in welchen eine Geldschuld ausgedrückt ist[1], auf Münzen verschiedenen Werthes paßt[2]. Es ist dann durch Auslegung zu bestimmen,

---

a. a. O. §. 4. 7, Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I S. 341 (dazu Windscheid Heid. krit. Zeitschr. S. 138 Note 21 a. E.).

* G. Hufeland über die rechtliche Natur der Geldschulden, Berlin 1851 §. 256.
(Wiederabdruck eines im Jahre 1807 erstatteten Gutachtens). Pfeiffer praktische Ausführungen I. 7 und VII. 5 (1825. 1844). Souchay Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IX. 12 (1851). Fritz Erläuterungen II S. 12—20, Unterholzner I §. 113—115, Vangerow III §. 570, Savigny Obl. I §. 40—48, Arndts §. 205, Sintenis II §. 85, Holzschuher III §. 212. Beseler deutsch. Privatr. II §. 122.

[1] Eine jede Geldschuld ist in Münzen ausgedrückt. Denn „Münze" ist die Bezeichnung für die Quantitäten, in welchen der Geldstoff (heutzutage ausschließlich das edle Metall) vom Verkehr als Werthmesser (Rechnungsmünze) und Werthäquivalent (effective Münze, ausgeprägte Münze) gebraucht wird. (Die effective Münze ist auch Rechnungsmünze; aber die Rechnungsmünze braucht nicht nothwendiger Weise effective Münze zu sein.)

[2] Wie dieß namentlich mit dem Namen der in Deutschland am Meisten gebrauchten Rechnungsmünzen, des Thalers und des Gulden, vielfach der Fall gewesen ist, und zum Theil noch jetzt der Fall ist. Vgl. Savigny S. 419—423.

welche Münze wirklich gemeint ist, im Zweifel aber für die Münze geringeren Werthes zu entscheiden[3].

2. Eine Geldschuld braucht nicht nothwendigerweise in derjenigen Münzsorte getilgt zu werden, in welcher sie ausgedrückt ist[4], es müßte dieß denn bei der Begründung besonders bestimmt sein[5]. Von der andern Seite braucht der Gläubiger nicht jede

[3] Nach dem Grundsatze, daß im Zweifel die mildere Auslegung vorzuziehen ist, und bei vertragsmäßigen Geldschulden speciell nach dem Grundsatz, daß gegen denjenigen auszulegen ist, welcher deutlicher hätte reden sollen. S. I §. 84 Note 4 und 5. Savigny S. 466. 467.

[4] Es ist dieß gar nicht möglich, wenn die Münzsorte, in welcher die Schuld ausgedrückt ist, bloß Rechnungsmünze ist. Aber es ist nicht nothwendig, auch wenn die Münzsorte, in welcher die Schuld ausgedrückt ist, effectiv vorhanden ist; denn das Wesen auch der effectiven Münze besteht lediglich darin, daß sie eine bestimmte Quantität edlen Metalls darstellt. Daher ist die Verpflichtung zur Leistung einer bestimmten Anzahl von effectiven Münzen ihrem wesentlichen Inhalt nach nichts Anderes, als die Verpflichtung zur Leistung einer bestimmten Quantität edlen Metalls in Münzform. — Die WO. (Art. 36) und das HGB. Art. 336 gestatten für den Fall, wo die im Vertrage bezeichnete Münzsorte keine Landesmünze ist, Zahlung in einer andern Münzsorte nur unter der Voraussetzung, daß die im Vertrag bezeichnete Münzsorte (Rechnungsmünze oder) am Zahlungsort nicht im Umlauf ist. Der Münzvertrag vom 24. Januar 1857 zwischen den durch die Münzconvention vom 30. Juli 1838 vereinigten Zollvereinsstaaten einerseits und dem Kaiserthume Oesterreich und dem Fürstenthume Liechtenstein andererseits bestimmt in Art. 18 in Betreff der neuen Vereinsgoldmünzen (Krone und halbe Krone), daß denselben die Eigenschaft eines die landesgesetzliche Silberwährung vertretenden Zahlmittels nicht beigelegt und zu ihrer Annahme in dieser Eigenschaft Niemand gesetzlich verpflichtet werden dürfe. (Dieser Vertrag ist 1867 aufgehoben worden.)

[5] Dabei ergeben sich Auslegungsfragen, namentlich was Darlehnsschulden angeht. a) Liegt nicht schon darin, daß ein Darlehn in einer gewissen Münzsorte hingegeben wird, die stillschweigende Vereinbarung, daß es in derselben Münzsorte zurückgegeben werden solle? Offenbar nicht. Sehr mit Unrecht hat man sich für das Gegentheil auf l. 99 D. de sol. 46. 3. berufen. Vgl. Savigny S. 470, Vangerow Nr. I. b) Wie aber, wenn in der Darlehnsurkunde ausdrücklich gesagt ist, daß die dargeliehene Summe in dieser oder jener Münzsorte hingegeben worden sei? Auch das braucht keineswegs von der Auferlegung der Verpflichtung zur Rückzahlung in der nämlichen Münzsorte verstanden zu werden; es liegt sogar die andere Auslegung viel näher, daß damit nur der Betrag der hingeliehenen Summe genauer hat bestimmt werden sollen. Besonders deutlich tritt dieß dann hervor, wenn eine Angabe über den Werth, zu welchem die betreffende Münzsorte berechnet worden

Münzsorte anzunehmen. Er braucht Scheidemünze nur bis zu dem gesetzlich bestimmten Betrag anzunehmen[6]; er braucht keine verrufenen[7], und nur solche Münzen anzunehmen, welche am Zahlungsort in Umlauf sind[8]. — Auch wenn bestimmt worden ist, daß nur in einer gewissen Münzsorte gezahlt werden dürfe, muß sich der Gläubiger dennoch Zahlung in einer andern Münzsorte gefallen lassen, wenn die bestimmte Münzsorte zur Zeit der Zahlung aus dem Verkehr verschwunden[9], oder so selten geworden ist, daß sie ohne unverhältnißmäßige Opfer nicht mehr beschafft werden kann[10].

3. Wodurch bestimmt sich der wirkliche Werth einer Münze?

---

sei, hinzugefügt ist. c) Nicht anders ist der Fall zu beurtheilen, wo es in der Darlehensurkunde heißt, daß ein Darlehen von so und so viel „Stück" einer gewissen Münzsorte gegeben worden sei. Vgl. Pfeiffer a. a. O. §. 9—11.

[6] Scheidemünze ist eine Münze, welche diejenige Quantität edlen Metalls, welche sie bezeichnet, nicht darstellt. Vgl. Savigny S. 414—416. Der Betrag, bis zu welchem Scheidemünze angenommen werden müsse, ist durch den R. A. von 1576 §. 76 auf 25 Gulden (damalige Gulden = etwa 59 Gulden im 24 fl. Fuß, Sintenis §. 85 Note 18, Seuffert §. 239 Note 5) festgesetzt worden. S. aber Glück XII S. 67 (dazu Gönner Staatsrecht §. 397), und den Art. 14 a. E. des in Note 4 genannten Münzvertrages: „Niemand darf in den Landen der vertragenden Staaten genöthigt werden, eine Zahlung, welche den Werth der kleinsten groben Münze erreicht, in Scheidemünze anzunehmen".

[7] D. h. keine Münzen, denen die Eigenschaft, Geld zu sein, durch die Staatsgewalt, welche sie ausgegeben hat, wieder entzogen worden ist. Vgl. l. 24 §. 1 D. de pign. act. 13. 7.

[8] Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Münzen inländische oder ausländische sind. Inländische Münzen brauchen nicht mehr angenommen zu werden, wenn sie nicht mehr im Umlauf sind; ausländische müssen angenommen werden, wenn sie am Zahlungsorte Curs haben. Dem Gläubiger muß diejenige Quantität edlen Metalls, welche er verlangen kann, in einer Form verschafft werden, in welcher er sie als Werthäquivalent wirklich verwenden kann. Vgl. Unterholzner S. 231. 232, Vangerow Nr. I a. A., Sintenis S. 59. 60. Pfeiffer I S. 57 will ausländische Münzen nur unter der Voraussetzung zulassen, daß sie im Inlande eine gesetzliche Werthbestimmung erhalten haben; es hängt dieß mit seiner ganzen Auffassung des Geldes (Note 13) zusammen.

[9] Es ist dann für den Schuldner eine unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung eingetreten.

[10] Arg. l. 71 §. 3 de leg. I° 30. Unterholzner S. 235, Vangerow Nr. II, Savigny S. 468. d, Sintenis §. 85 Anm. 27.

Er bestimmt sich, wie schon aus dem Gesagten hervorgeht (Nr. 1), nicht durch ihren Namen. Er bestimmt sich aber auch nicht durch den Ausspruch der Staatsgewalt, welche die Münze geschaffen hat (Nennwerth[11]). Er bestimmt sich endlich auch nicht definitiv durch die Quantität edlen Metalls, welche die Münze wirklich enthält (Metallwerth[12]); denn es ist möglich, daß der Verkehr ihr einen andern, höheren oder geringeren Werth beilegt, als sie nach der Quantität edlen Metalls, welche sie wirklich enthält, haben sollte. Dann ist ihr wirklicher Werth dieser ihr Verkehrswerth (Curswerth)[13]. — Nach diesen Grundsätzen ist zu entscheiden, wenn es sich um die Bestimmung des Werthes handelt, zu welchem ein Gläubiger genöthigt werden kann, eine Münzsorte anzunehmen[14], oder um die Bestimmung des Werthes einer Münz-

[11] Statt „Nennwerth" sagen Viele „äußerer Werth". Dieser Ausdruck ist deßwegen nicht zu empfehlen, weil er auch den Curswerth mit umfaßt.

[12] Der Metallwerth wird auch, im Gegensatz zum „äußeren Werth" (Note 12), „innerer Werth" genannt.

[13] Das im Text Gesagte ist weit davon entfernt, unbestritten zu sein. Andere Schriftsteller haben sich für den Metallwerth ausgesprochen (vgl. Savigny S. 478. 479); namentlich aber wird der Nennwerth als entscheidend für den wahren Werth einer Münze vertheidigt, so in den oben bei * genannten Abhandlungen von Pfeiffer und Souchay, und von Sintenis a. a. O., vgl. auch Beseler a. a. O. Die letztere Ansicht geht davon aus, daß der Staat es sei, welcher das Geld zum Geld mache; ist dieß richtig, so ist auch er es, durch den dem Gelde sein Werth gegeben wird. Dieser Auffassung gegenüber hat, nach dem Vorgange Aelterer (vgl. namentlich die bei * citirte Schrift von Hufeland), in der neueren Zeit besonders Savigny (S. 407—408 454) die andere, hier vertretene, geltend gemacht, daß die Thätigkeit des Staates bei der Schaffung des Geldes nur eine vermittelnde sei, und die definitive Entscheidung über das, was Geld sei, also auch, in welchem Werthe es Geld sei, nur durch die Anerkennung des Publicums gegeben werde. Es ist allerdings keiner Frage unterworfen, daß der Staat durch ein Gesetz die Annahme einer Münze zu einem bestimmten Werthe vorschreiben kann, und daß der Richter an ein solches Gesetz gebunden ist, wie an jedes andere. Aber ist eine solche gesetzliche Vorschrift schon darin enthalten, daß der Staat (durch die Aufschrift der Münze, oder eine öffentliche Bekanntmachung) einfach ausspricht, daß die Münze einen gewissen Werth habe? Dieß wird von den Gegnern behauptet, von Savigny (S. 444—447), gewiß mit Recht, geleugnet. Ueber die Stellen des römischen und canonischen Rechtes, welche man für unsere Frage zu verwerthen gesucht hat, s. Savigny §. 44.

[14] Er kann nicht genöthigt werden, sie zu einem andern Werthe, als ihrem

sorte, welche nicht mehr, oder nicht mehr ohne unverhältnißmäßige Opfer beschafft werden kann (Nr. 2 a. E.)[15]. Handelt es sich dagegen, abgesehen von diesem letzteren Fall, um die Bestimmung des Werthes der Münzsorte, in welcher eine Geldschuld ausgedrückt ist, so ist es zwar auch hier unzweifelhaft, daß nicht die Benennung entscheidend ist[16]; was dagegen das Verhältniß des Nennwerthes zum Metallwerth und Curswerth betrifft, so ist zu erwägen, ob nicht in einem gegebenen Falle angenommen werden müsse, daß der Wille der Parteien eher auf den Nennwerth, als auf den Curswerth gerichtet war, und nur in dem Falle, wo das Forderungsrecht die Rückgabe eines Empfangenen zum Gegenstande hat, ist auch hier der Curswerth mit Entschiedenheit festzuhalten[17]. — Unter allen Umständen ist die Behauptung

---

Curswerthe anzunehmen, muß sie aber auch zu diesem Werthe annehmen. Hat daher die Münzsorte, in welcher Zahlung geleistet wird, ihrem Nennwerth gegenüber einen höheren oder geringeren Metallwerth (Uebereinstimmung des letzteren mit dem Curswerth vorausgesetzt), so erniedrigt oder erhöht sich die Zahl der zu leistenden Stücke in gleichem Verhältniß. Ebenso wenn dem Metallwerthe gegenüber der Curswerth ein höherer oder geringerer ist.

[15] Ist die Münzsorte ganz aus dem Verkehre verschwunden, so daß von einem Curswerthe nicht mehr geredet werden kann, so ist ihr Metallwerth zu leisten (vgl. Seuff. Arch. II. 15). Ist sie noch im Verkehr, kann aber ohne übermäßige Opfer nicht beschafft werden, so ist auch hier ihr Curswerth zu leisten, d. h. derjenige Werth, zu dem der Gläubiger sie ausgeben kann. — Man hat behauptet, daß, wenn eine Forderung ausdrücklich auf eine bestimmte Anzahl von Stücken einer gewissen Münzsorte gestellt, und diese Münzsorte zur Antiquität und Münzseltenheit geworden sei, der Schuldner den Werth, welchen sie als solche habe, den s. g. Marktpreis, leisten müsse (Sintenis S. 65. 66). Für den Fall, wo eine wirkliche Geldschuld vorliegt, ist dieß unrichtig; es ist richtig nur für den Fall, wo die Münzstücke als Waare in Betracht gekommen sind.

[16] Wer Gulden oder Thaler des einen Münzfußes zu fordern hat, braucht nicht Gulden oder Thaler eines anderen leichteren Münzfußes anzunehmen, und kann nicht Gulden oder Thaler eines anderen schwereren Münzfußes fordern. Dieser Punkt ist unbestritten. Seuff. Arch. II. 15. 147.

[17] So namentlich beim Darlehn. Wirklich empfangen worden ist nur der Werth, zu welchem die empfangenen Geldstücke ausgegeben werden konnten. Wird dagegen zu einer Zeit, wo der Curswerth von dem Nennwerth abweicht, eine Schuld anderer Art festgesetzt, so ist, in Betracht daß diese Abweichung nichts Normales ist, die Annahme sehr naheliegend, daß auf sie keine Rücksicht genommen worden sei. Jedoch ist dabei der Fall noch auszusondern, wo die

zurückzuweisen, daß bei der Bestimmung des Inhalts einer Geldschuld auch auf den Tauschwerth des Geldes überhaupt Rücksicht genommen werden müsse[18].

4. Es gibt nicht blos Metallgeld, von welchem bisher allein die Rede gewesen ist, sondern auch Papiergeld. Papiergeld ist kein wirkliches Geld, sondern nur Zeichengeld; es stellt die Quantität edlen Metalls, welche es bezeichnet, nicht dar, sondern nur vor[19]. Deßwegen braucht Niemand es als Zahlungsmittel anzunehmen, wenn dieß nicht durch eine besondere gesetzliche Vorschrift angeordnet ist (s. g. Zwangscurs). Sein Werth bestimmt sich lediglich durch den Curs[20].

2. Leistung des Interesse*.

§. 257.

Zur Leistung des Interesse verpflichtet sein, heißt: verpflichtet

---

Schuld ausdrücklich auf eine bestimmte Anzahl von Stücken einer gewissen Münzsorte gestellt worden ist. Hier ist die wahrscheinliche Absicht der Parteien die, daß Münzen geleistet werden sollen, wie zur Zeit der Contrahirung der Geldschuld vorhanden sind, so daß zwar auch nicht auf ihren Curswerth gegenüber dem Metallwerth, wohl aber auf ihren Metallwerth gegenüber ihrem Nennwerth Rücksicht genommen werden muß. — Die im Texte (zu Note 14 fg.) gemachte Unterscheidung wird gewöhnlich nicht hervorgehoben. Vielleicht trägt ihre Beachtung zur Versöhnung der streitenden Ansichten bei.

[18] Der Tauschwerth des Geldes hängt ab von dem Verhältniß, welches der Verkehr dem Werth der edlen Metalle zu dem Werth der Güter überhaupt anweist. Dieses Verhältniß ist kein constantes, und man hat nun die Behauptung aufgestellt, daß, wenn dasselbe sich zwischen der Entstehung und der Tilgung einer Geldschuld geändert habe, auch darauf Rücksicht genommen, also um so viel Mehr oder Weniger geleistet werden müsse. Das ist irrig. Der Inhalt einer Geldschuld ist: Verschaffung einer Quantität von Münzen, die im Verkehr als Repräsentanten einer bestimmten Quantität edlen Metalls verwerthet werden können. Welche Macht dadurch dem Eigenthümer gewährt wird, ist für den Inhalt der Geldschuld gleichgültig. Vgl. Savigny S. 433—435. 461—463, Vangerow S. 35 unt., Sintenis §. 85 Note 20.

[19] Das Papiergeld hat eine ähnliche Natur wie die Scheidemünze; nur daß die letztere die Quantität edlen Metalls, welche sie bezeichnet, wenigstens annäherungsweise darstellt.

[20] Die im Text in Betreff des Papiergeldes aufgestellten Grundsätze sind unbestritten.

§. 257. * Das Hauptwerk über die Lehre vom Interesse ist das von Fr. Mommsen: zur Lehre vom Interesse (der „Beiträge zum Obligationenrecht" zweite

sein zur Ausgleichung des Nachtheils[1], welcher in der Vermögenslage einer Person durch irgend eine, positive oder negative, Thatsache eingetreten ist. Es soll dieser Person geleistet werden, wie viel ihr daran liegt[1a], daß nicht geschehen wäre, was geschehen ist, daß geschehen wäre, was nicht geschehen ist. In dieser Beziehung auf eine bestimmte Person und deren besondere Verhältnisse liegt das Wesen des Interesse; es bildet somit den Gegensatz zu dem Werthe, der durch Anlegung eines objectiven, für Jedermann geltenden Maßstabes gefunden wird (s. g. Sachwerth)[2].

Unter den Gründen[2a], aus welchen eine Verpflichtung zur Leistung des Interesse hervorgehen kann, ist der wichtigste die Verschuldung; Jemand muß für die Folgen einer Thatsache deßwegen aufkommen, weil er an derselben Schuld ist. Eine solche Verschuldung kann dann noch entweder ein selbständiges

---

Abtheilung, 1855). Dazu die Anzeige von Windscheid Heid. krit. Zeitschrift II S. 525—563. S. ferner: Cohnfeldt die Lehre vom Interesse nach Römischem Recht. Mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebung. 1865. Frühere „Versuche" (Puchta §. 224. a) der Bearbeitung dieser Lehre sind: Schöman Lehre vom Schadenersatz, 2 Theile (1807). Fr. Hänel Versuch einer kurzen und faßlichen Darstellung der Lehre vom Schadenersatz (1823). v. Wening-Ingenheim (der Jüngere) die Lehre vom Schadenersatze nach römischem Rechte (1841). Ueber die ältere Literatur s. Mommsen a. a. O. in der Vorrede. Unterholzner I §. 125—131, Vangerow III §. 571 Anm. 1—4, Sintenis II §. 86, Unger Oesterreichische VJSchr. XIV S. 110 fg., Holzschuher III §. 218.

[1] Vgl. §. 258 Note 1 a. E.

[1a] Quanti (quod) eius interest, z. B. moram factam non esse (l. 36 §. 2 D. de usufr. 7. 2, l. 114 D. de V. O. 45. 1), rem evictam non esse (l. 23 C. de evict. 8. 45). Andere Bezeichnungen der Quellen für das Interesse sind: utilitas, damnum, causa rei (Mommsen §. 5, Cohnfeldt S. 63—64. 68—69). Ueber den Ausdruck quanti ea res est s. die folgende Note.

[2] Verum rei pretium, vera rei aestimatio (vgl. z. B. l. 2 §. 13 D. vi bon. rapt. 47. 8, l. 179 D. de V. S. 50. 16). Den Ausdruck „quanti ea res est" gebrauchen die Quellen bald für den Sachwerth, im Gegensatz zum Interesse, bald geben sie ihm den weiteren Sinn, daß er das letztere mit umfaßt. Vgl. z. B. l. 179 l. 193 D. de V. S. 50. 16, l. 1 §. 4 D. si quis ius 2. 3, l. 9 §. 8 D. ad exh. 10. 4; l. 68 D. de R. V. 6. 1, l. 3 §. 11 D. uti possid. 43. 17. Mommsen §. 6, Cohnfeldt S. 64 fg.; abweichend Savigny Syst. V Beil. XII. Vgl. auch Windscheid a. a. O. S. 529.

[2a] Vgl. zum Folgenden Cohnfeldt S. 23 fg. 212 fg. 243 fg.

Delict bilden[3], oder sie kann eine Verschuldung nur sein kraft einer für die betreffende Person besonders begründeten Rechtspflicht[4]. — Verschuldung ist aber nicht der einzig mögliche Grund der Verpflichtung zur Leistung des Interesse. Diese Verpflichtung kann auch ohne alle Verschuldung kraft eines Rechtsgeschäftes oder einer richterlichen Verfügung oder unmittelbar kraft einer Rechtsbestimmung eintreten[5].

Die Leistung des Interesse kann nicht bloß den Gegenstand eines Forderungsrechtes bilden; auch kraft eines dinglichen Anspruches kann möglicherweise Interesse gefordert werden[6]. Abweichende Grundsätze gelten für diesen letzteren Fall nicht.

§. 258*.

Näher bestimmt sich der Inhalt der Interesseleistung durch folgende Regeln.

1. Der Verpflichtete muß Ersatz geben für den Nachtheil, welcher in der Vermögenslage des Gläubigers in Folge einer gewissen Thatsache eingetreten ist. Ob dieser Nachtheil positiver Schaden ist, oder entbehrter Gewinn, ist gleichgültig[1]. Es kann

---

[3] Z. B. Betrug, Entwendung, Beschädigung. Vergl. auch Seuff. Arch. IX. 25.

[4] Z. B. der Schuldner erfüllt seine Verbindlichkeit nicht zur rechten Zeit; er versetzt sich durch seine Arglist oder seine Nachlässigkeit in die Unmöglichkeit, seine Verbindlichkeit zu erfüllen. Vgl. auch Seuff. Arch. V. 145.

[5] Ein Vertrag z. B. kann, wie auf eine andere Leistung, so auch auf Ersatz des Nachtheils gerichtet werden, welcher dem Gläubiger aus einem bestimmten Umstand erwachsen werde oder erwachsen sei.

[6] Der dingliche Anspruch verwandelt sich, wie der obligatorische, in einen Anspruch auf Leistung des Interesse, wenn seine Erfüllung dem Verpflichteten durch dessen Schuld unmöglich geworden ist. Ebenso kann auch die Verzögerung seiner Erfüllung den Verpflichteten zur Leistung des Interesse verbindlich machen. Vgl. I §. 43 Note 5. §. 124.

* Vgl. außer den bei dem vorigen §. Genannten noch G. Nußbaumer über das Maß des Schadenersatzes 1855 (darüber Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 72—74.)

§. 258. [1] L. 13 pr. D. ratam rem 46. 8: — „in quantum mea interfuit, i. e. quantum mihi abest, quantumque lucrari potui“. L. 33 D. loc. 19. 2 — „quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur“. L. 7 C. arb. tut. 5. 51, l. 21 §. 2 D. quod met. causa 4. 2, l. 33 pr. i. f. D. ad leg. Aq. 9. 2, l. un. C. de sentent. quae pro eo 7. 47, R. D. A. 1600 §. 139. Ueber l. 71 §. 1 D. de furt 47. 2 s. Mommsen S. 135—137,

aber kein Ersatz begehrt werden für einen Nachtheil, der seinen Grund in übermäßigem Luxus[2], oder gar in einer Unehrenhaftigkeit[3] hat. Hat die betreffende Thatsache nicht bloß Nachtheil, sondern auch Vortheil hervorgebracht, so ist wirklicher Nachtheil nur, was nach Abzug des Vortheils übrig bleibt[4]. Was den Zeitpunkt betrifft, auf welchen bei Feststellung des Umfanges des durch die betreffende Thatsache hervorgerufenen Nachtheils gesehen werden muß, so ist der Beschädigte regelmäßig befugt, den Ersatz alles Nachtheils zu verlangen, der ihm bis zur Zeit, wo er das Interesse fordert, also wenn es zum Processe kommt, bis zur Zeit des Urtheils erwachsen ist; es kann jedoch nach gesetzlicher Regel oder dem präsumtiven Willen der Parteien auch ein früherer

---

Vangerow a. a. O. Anm. 3 Nr. 1, Cohnfeldt S. 93 fg. Heutzutage pflegt man zu reden von damnum emergens und lucrum cessans. — Wenn hier der Begriff des Nachtheils als ein höherer Begriff dem Begriff des Schadens gegenübergestellt wird, so ist zuzugeben, daß damit den Ausdrücken eine juristische Ausprägung gegeben wird, welche sie im Leben nicht haben. Will man, um dieß zu vermeiden, den Inhalt der Interesseverpflichtung dahin bestimmen, daß sie auf Ersatz eines entzogenen Vortheils gehe (wie das wirklich thut Cohnfeldt [s. namentlich §. 1. 6. 7], ausgehend davon, daß der Begriff des Interesse an und für sich einen erlittenen Schaden nicht voraussetze), so hat man damit, wie mir scheint, eine ungewöhnlichere und verwirrendere Bezeichnung für das damnum emergens, als in der hier gewählten Ausdrucksweise für das lucrum cessans liegt.

[2] L. 40 pr. D. de damno infecto 39. 2: — „honestus modus servandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda". L. 13 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2. Mommsen S. 233—234.

[3] L. 33 D. de R. V. 6. 1, l. 11 l. 76 §. 1 D. de furtis 47. 2. Vgl. l. 71 §. 1 eod. (Note 1). — Auch kein Ersatz für Gewinn von Gewinn? S. auf der einen Seite l. 2 §. 5 D. de adm. rer. 50. 8, l. 15 D. de usur. 22. 1, auf der andern l. 8 eod. Mommsen S. 189—190.

[4] Das folgt aus der Natur der Sache. Bewiesen aber wird es nicht, wenigstens nicht direct, durch l. 11 D. de neg. gestis 3. 5, freilich auch nicht widerlegt durch l. 23 §. 1 D. pro socio 17. 2; beide Stellen handeln nicht von dem Fall, wo Nachtheil und Gewinn durch einen und denselben Umstand hervorgerufen sind (was l. 23 §. 1 cit. angeht: die admissio socii und die praepositio servi lösen sich auf in so viele einzelne Gestattungen der Geschäftsführung, als einzelne Gesellschaftsgeschäfte zu führen sind). Ueber die verschiedenen Auffassungen s. Fritz Erläut. II S. 73, Vangerow a. a. O. Anm. 1, Mommsen S. 195—196, Windscheid a. a. O. S. 548—549, Cohnfeldt S. 168 fg. Vgl. noch unten §. 439 Note 7 a. E. Vgl. Seuff. Arch. VII. 166, X. 257.

Zeitpunkt maßgebend sein[4a]. — Ist zur Bestimmung des Interesse eine Schätzung in Geld nöthig[5], so darf auf besondere Neigungen und Liebhabereien des Berechtigten keine Rücksicht genommen werden[6]. Hat der Werth des zu schätzenden Gegenstandes gewechselt[6a], so kann der Berechtigte den Werth der Zeit fordern, wo der Gegenstand seinem Vermögen wirklich entzogen worden ist[7],

---

[4a] L. 6 §. 4 l. 8 §. 1 D. de edendo 2. 13, l. 12 §. 1 D. si quis caut. 2. 11. Vgl. Mommsen §. 19, Cohnfeldt §. 13.

[5] Die Interesseleistung kann Leistung von Geld zum unmittelbaren Inhalt haben; dieß ist der Fall, wenn es eben Geld ist, welches dem Gläubiger durch die betreffende Thatsache entzogen worden ist. Es kann aber dem Gläubiger durch die betreffende Thatsache auch etwas Anderes entzogen worden sein, als Geld; dann geht der Anspruch des Gläubigers zuerst auf dieses Andere, auf eine durch Schätzung zu bestimmende Geldsumme nur insofern, als die Leistung dieses Anderen unmöglich ist, oder nicht erzwungen werden kann.

[6] S. g. Affectionswerth. Bei der Bestimmung des Interesse muß Rücksicht genommen werden auf die besonderen thatsächlichen Verhältnisse, in welchen sich der Gläubiger befindet, und darin besteht eben sein Wesen, — aber nicht auf die besonderen subjectiven Stimmungen des Gläubigers. Dieß wird bewiesen durch l. 33 pr. D. ad leg. Aq. 9. 2. Vgl. l. 6 §. 2 D. de operis 7. 7, l. 63 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2 und Mommsen S. 214—217. Auch Cohnfeldt S. 69—71.

[6a] Vgl. über diese schwierige Frage Mommsen a. a. O. S. 217—231 und Beiträge II S. 226—227. III S. 211—213, Windscheid a. a. O. S. 554—558 (das von mir an dieser Stelle Gesagte ist aber nach dem in §. 280 Note 15 Entwickelten zu modificiren), Cohnfeldt S. 29 fg. 248 fg. S. auch Büff Arch. f. civ. Pr. XXXIII. 5. 10.

[7] Im Einzelnen bemerke man Folgendes. Wenn ein Gläubiger Ersatz verlangt für eine dem Schuldner unmöglich gewordene Leistung, so ist — abgesehen vom Falle des Verzuges; darüber §. 280 Nr. 2. 3 — der Werth der Zeit, wo die Forderung geltend gemacht wird (wenn es zum Proceß kommt, des Urtheils), in Anschlag zu bringen, weil dieses die Zeit ist, wo die Sache dem Vermögen des Gläubigers entzogen wird (wo er sie erhalten haben würde, wenn die Unmöglichkeit nicht eingetreten wäre). Dieß ist selbst für den Fall wahr, wo die Verpflichtung des Schuldners auf Leistung zu einer früheren Zeit ging. Denn dadurch, daß die Leistung in dieser Zeit nicht gemacht worden ist, ist dem Gläubiger nicht die Leistung selbst entzogen worden, sondern nur ein Zeitvortheil in Betreff derselben. L. 22 D. de R. C. 12. 1, l. 4 D. de cond. trit. 13. 3, l. 59 l. 60 D. de V. O. 45. 1 erklären sich aus der römischen Nothwendigkeit der Geldcondemnation; l. 11 D. de re iud. 42. 1 setzt Verzug voraus. Anders wenn der Eigenthümer Ersatz verlangt für eine ihm durch einen Andern vernichtete oder beschädigte Sache. Hier ist die

aber auch den höheren Werth der Zeit des Urtheils[8]. — Für den Fall, wo das Interesse wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung einer Obligation gefordert wird, tritt zu den hier aufgestellten Regeln die beschränkende hinzu, daß als Interesse nie Mehr in Anspruch genommen werden kann, als das Doppelte des Werthes des Obligationsgegenstandes selbst, vorausgesetzt daß dieser Werth ein sicherer ist[9].

Sache seinem Vermögen entzogen worden (ganz bez. theilweise) zur Zeit der Vernichtung bez. Beschädigung, und daher ist die Schätzung nach dem Werth dieser Zeit zu machen.

[8] Er kann sagen, daß, wenn ihm die Sache nicht entzogen worden wäre, er jetzt eine Sache des höheren Preises haben würde. Dem Schuldner steht freilich der Gegenbeweis offen, daß der Gläubiger die Sache früher veräußert haben würde. — Ist der zu schätzende Gegenstand schon vor der Zeit, wo er dem Vermögen des Berechtigten entzogen wird, untergegangen, so ist auf den Werth Rücksicht zu nehmen, den er zur Zeit des Unterganges hatte. L. 3 D. de cond. trit. 13. 3. Cohnfeldt S. 249.

[9] Der aufgestellte Satz beruht auf der l. un. C. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur 7. 47, von Justinian. Diese Stelle hat Veranlassung zu einer ganzen Reihe von Streitfragen gegeben, und, was schlimmer ist, zu Streitfragen, die, theilweise wenigstens, kaum jemals zu einer Alle befriedigenden Lösung werden gebracht werden können. Namentlich wird darüber gestritten, ob die bezeichnete Beschränkung nicht auch in solchen Fällen zur Anwendung gebracht werden müsse, wo Ersatz für etwas Anderes, als für Nichterfüllung einer Obligation, gefordert wird? Für die im Texte ausgesprochene Verneinung dieser Frage ist die herrschende Meinung. Vgl. Vangerow a. a. O. Anm. 4 Nr. I, Mommsen S. 235, Cohnfeldt S. 39: dawider neuestens Cohnfeldt selbst S. 46 fg. 207. Sodann ist Streit darüber, wann man sagen dürfe, daß der Werth des Obligationsgegenstandes ein sicherer sei? Auf der einen Seite wird gesagt: nur dann, wenn die Obligation auf Leistung einer Sache oder einer Quantität von Sachen geht; auf der andern: nur dann nicht, wenn die Obligation geradezu auf das Interesse gestellt ist. Vangerow a. a. O. Anm. 4 Nr. 2, Cohnfeldt S. 41 fg. 207 fg. In der neueren Zeit aber hat Mommsen S. 235—238 eine ältere Meinung wieder geltend gemacht, welche dahin geht, daß in erster Linie gar nicht auf den Obligationsgegenstand, sondern auf die dafür bedungene Gegenleistung zu sehen sei, ob nämlich dieselbe in Geld bestehe oder nicht; erst wenn sie in Geld nicht bestehe, komme es auf den Obligationsgegenstand selbst an. Ueber die l. un. cit. gibt es eine besondere Abhandlung von W. Sell in Sell's Jahrb. I. 5 (1841); außerdem sind zu vergleichen Fritz Erläuterungen II S. 86—92, Vangerow III §. 571 Anm. 4, Sintenis II §. 86 Note 32, Mommsen S. 235—238, Cohnfeldt §. 5. 15. Seuff. Arch. XI. 140. 224, XIV. 215, XV. 9, XVII. 17. 223, XIX. 130, XX. 23.

2. Der Verpflichtete muß Ersatz geben für den Nachtheil, welcher in der Vermögenslage des Gläubigers in Folge einer gewissen Thatsache eingetreten ist. Es ist nicht erforderlich, daß der eingetretene Nachtheil die unmittelbare[10] und nothwendige[11] Folge der betreffenden Thatsache gewesen sei: auch für denjenigen Nachtheil muß Ersatz gegeben werden, welcher erst durch andere Thatsachen vermittelt worden ist[12], wenn gleich durch solche, die auch hätten ausbleiben können[13]; und auch das macht keinen Unterschied, ob diese Thatsachen vorhergesehen werden konnten, oder nicht[14]. Aber jedenfalls muß es wahr sein, daß der Nach-

---

[10] Ueber die Behauptung, daß das sogenannte indirecte Interesse (Interesse extra rem, im Gegensatz des Interesse circa rem) nicht in allen Fällen geleistet zu werden brauche, s. Mommsen §. 24—26, Cohnfeldt S. 10 fg., 174 fg.

[11] Nothwendigkeit (Unvermeidlichkeit) der Folge verlangen auch Neuere noch, offenbar in Verkennung des wahren Wesens des Causalzusammenhanges. Vgl. außer den bei Mommsen S. 142 Note 8 Genannten noch Sintenis S. 71.

[12] Darin besteht ja gerade das Wesen des Interesse, daß auf die besonderen Verhältnisse, welche sich bei dem Gläubiger vorfinden, Rücksicht genommen wird. Beispiele: ein Schuldner erfüllt seine Verbindlichkeit nicht; wenn der Gläubiger den verschuldeten Gegenstand seinerseits unter einer Conventionalstrafe einem Dritten versprochen hat, so muß der Schuldner ihm auch diese Conventionalstrafe ersetzen. Jemand verkauft ein krankes Stück Vieh; er muß dem Käufer auch den Schaden ersetzen, welchen derselbe dadurch erleidet, daß das kranke Thier andere gesunde Thiere des Käufers ansteckt. Vgl. l. 21 §. 2 l. 22. 23 pr. §. 4 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 18 pr. D. commod. 13. 6, l. 13 pr. §. 2 D. de A. E. V. 19. 1, l. 19 §. 1 D. loc. 19. 2.

[13] Es ist nicht nothwendig, daß der Käufer eines kranken Thieres dasselbe mit andern Thieren in Berührung bringt. Es ist nicht nothwendig, daß derjenige, der eine geliehene Sache widerrechtlich mit auf Reisen nimmt, unterwegs ausgeraubt wird (l. 18 pr. D. commod. 13. 6). Vgl. Seuff. Arch. IV. 114.

[14] Mommsen S. 165—171, Cohnfeldt S. 19. 137. Seuff. Arch. XV. 208. Nur dann braucht für unvorhergesehenen Nachtheil kein Ersatz gegeben zu werden, wenn es die Pflicht des Gegners gewesen wäre, über die Möglichkeit desselben Aufklärung zu geben. Demelius Jahrb. f. Dogm. V S. 77—79. — Daß unvorhergesehener Nachtheil überhaupt nicht ersetzt zu werden brauche, behauptet für den Fall bloßer Nachlässigkeit neuerdings wieder (über Aeltere s. Mommsen S. 166 Note 30, Cohnfeldt S. 16 fg., vgl. auch Code civ. art. 1150) Ihering das Schuldmoment im römischen Privatrecht S. 55 fg. Unter den von ihm angeführten Beweisstellen haben keine Kraft,

theil, welcher eingetreten ist, nicht eingetreten sein würde, wenn die betreffende Thatsache nicht gewesen wäre[15]. Der Nachweis

wie mir scheint, die auf S. 57 Note 110 genannten; dieselben schließen für den Fall bloßer Nachlässigkeit nicht die unbeschränkte Interesseverpflichtung, sondern die Interesseverpflichtung überhaupt aus. Dagegen verdient allerdings Beachtung die von Ihering ferner angeführte l. 43—45 D. de A. E. V. 19. 1. Doch setzt auch diese Stelle jedenfalls ein bonae fidei iudicium voraus (vgl. l. 22 pr. l. 23 pr. §. 4 D. ad leg. Aq. 9. 2), und enthält vielleicht sogar ius singulare für den Fall der Eviction mit Rücksicht auf die römische Sitte der duplex stipulatio (l. 44 cit., Vangerow §. 571 Anm. 4 Nr. 3), — oder geht doch nach eben dieser l. 44 cit. im Zusammenhang des Justinianischen Rechts in die Regel der l. un. C. de sent. quae pro eo (Note 9) auf.

[15] Man unterscheide folgende Fälle. a) Der Nachtheil ist in Wirklichkeit durch eine ganz andere Thatsache hervorgerufen worden; die Thatsache, für welche eingestanden werden muß, würde ihn nur auch hervorgerufen haben, wenn jene andere Thatsache nicht dazwischen gekommen wäre. Beispiel: Jemand bringt einem fremden Thiere eine tödtliche Wunde bei; dann aber wird dasselbe vom Blitz erschlagen. (Nachtheil: Tod des Thieres.) b) Der Nachtheil kann zwar auf die Thatsache, für welche eingestanden werden muß, zurückgeführt werden, aber auch auf eine andere. Beispiel: ein Schuldner bringt sich durch seine Schuld in die Unmöglichkeit, seine Verbindlichkeit zu erfüllen; hinterher aber geht die Sache ohne seine Schuld unter. (Nachtheil: Nichterfüllung der Verbindlichkeit.) c) Der Nachtheil ist durch die Thatsache, für welche eingestanden werden muß, wirklich erzeugt worden; aber hätte diese Thatsache ihn nicht erzeugt, so würde statt derselben eine andere ihn erzeugt haben. Beispiel: ein Frachtschiffer ladet die zu transportirenden Gegenstände contractswidrig auf ein anderes, als das bestimmte Schiff; das erste Schiff geht unter, aber auch das zweite. d) Der Nachtheil ist durch die betreffende Thatsache erzeugt worden; aber hinterher, nachdem er erzeugt worden ist, tritt eine andere Thatsache ein, welche, wenn er nicht bereits erzeugt gewesen wäre, ihn ebenfalls hervorgebracht haben würde. Beispiel: Jemand zerstört ein fremdes Haus; dann tritt ein allgemeiner Brand ein, in welchem sämmtliche Häuser dieser Stadtgegend zu Grunde gehen. In den drei ersten Fällen ist eine Verpflichtung zur Leistung des Interesse nicht begründet, wohl in dem vierten; denn in den drei ersten Fällen würde der Nachtheil, welcher eingetreten ist, eingetreten sein, auch wenn die betreffende Thatsache nicht gewesen wäre, nicht dagegen in dem vierten — wohl ein gleicher Nachtheil, aber nicht derjenige, welcher eingetreten ist. Vgl. zu a) l. 11 §. 3 l. 15 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2 (l. 51 pr. §. 2 eod. enthält eine abweichende, nicht durchgedrungene Meinung des Julian; die von Vangerow III §. 681 Anm. 2 vorgeschlagene systematische Vereinigung scheitert meiner Ansicht nach an der in §. 2 das. für das zweite Delict angenommenen Schätzungszeit); zu b) l. 27 §. 2 D. de R. V. 6. 1 („legis autem Aquiliae actio durat" — auf Ersatz des

dieses Causalzusammenhanges wird leichter sein, wo es sich um einen positiven Schaden, schwieriger, wo es sich um einen entbehrten Gewinn handelt[16]. Nur in Einem Falle braucht für den Nachtheil, welcher wirklich in Folge der betreffenden Thatsache eingetreten ist, Ersatz nicht gewährt zu werden: wenn nämlich

---

durch die Verwundung des Sclaven sofort, unabhängig von aller durch den Besitz begründeten Verpflichtung zur Herausgabe, herbeigeführten Nachtheils), l. 36 §. 3 D. de H. P. 5. 3, l. 21 D. de her. vel act. vend. 18. 4, l. 4 i. f. D. de imp. 25. 1, l. 45 D. de O. et A. 44. 7; zu c) l. 10 §. 1 D. de lege Rhodia 14. 2, l. 7 §. 4 D. quod vi aut clam 43. 24; zu d) l. 7 §. 4 cit. i. f., l. 37 D. mand. 17. 1, l. 16 §. 2 D. de evict. 21. 2 (vv. *et quam actionem*). Zu b) ist aber hinzuzufügen, daß, wenn ein nachtheiliger Erfolg auf ein Delict so gut des Einen, wie eines Andern, zurückgeführt werden kann, Alle für denselben haften, l. 51 §. 1 ad leg. Aq. 9. 2. Vgl. über das Erforderniß des Causalzusammenhanges überhaupt Mommsen S. 137 fg., Windscheid a. a. O. S. 540 fg. 549—552, Cohnfeldt S. 136 fg.; Seuff. Arch. I. 210, II. 39, XIII. 22, XV. 189. 208. — Ist es ungewiß, ob in Folge der betreffenden Thatsache dieser oder jener Nachtheil eingetreten ist (ob wenn die betreffende Thatsache nicht gewesen wäre, der Gläubiger sich in dieser oder jener Vermögenslage befinden würde), so ist der Schuldner alternativ verpflichtet. Vgl. l. 12 §. 1 D. de I. D. 23. 3.

[16] Im ersten Fall ist nur ein Zusammenhang zwischen vorhandenen Thatsachen aufzuweisen; im zweiten Fall ist nachzuweisen, daß, wenn eine Thatsache gewesen wäre, eine andere gewesen sein würde. Diese Schwierigkeit des Beweises bei entbehrtem Gewinn hat einen zu scharfen Ausdruck gefunden in Quellenäußerungen, in welchen geradezu geleugnet wird, daß im Interesse auch Ersatz für entbehrten Gewinn gefordert werden könne, so in l. 29 §. 3 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 33 pr. i. f. eod., l. 21 §. 3 D. de A. E. V. 19. 1, l. 19 D. de per. 18. 6. Auf Grund dieser Stellen ist auch wohl behauptet worden, daß der entbehrte Gewinn nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zum Interesse gerechnet werden dürfe, so von Puchta §. 225 Nr. 3 u. 4, B. W. Pfeiffer vermischte Aufsätze S. 227 fg. Das ist irrig; die Forderung des entbehrten Gewinnes im Interesse hat keine andere Voraussetzung, als die, daß der nöthige Causalzusammenhang nachgewiesen werden könne. S. l. 8 l. 51 §. 3 D. de evict. 21. 2; l. 23 pr. l. 51 pr. §. 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 3 D. de cond. furt. 13. 1, l. 52 §. 28 D. de furtis 47. 2; l. 23 §. 2 D. ad leg. Aq. 9. 2; l. 17 l. 18 l. 24 §. 4 D. loc. 19. 2; l. 39 §. 1 D. de leg. I° 30; l. 3 D. si quadrupes 9. 1, l. 7 pr. ad leg. Aq. 9. 2, l. 7 D. de his qui effud. 9. 3; l. 35 pr. D. de leg. III° 32; l. 12 D. de A. E. V. 19. 1; l. 2 §. 8 D. de eo quod certo loco 13. 4; R. D. A. 1600 §. 139. Mommsen §. 17. 26 (Windscheid a. a. O. S. 546—548), Vangerow a. a. O. Anm. 3, Sintenis §. 86 Note 21, Unger S. 114 (Note 6), Cohnfeldt S. 98 fg. 192 fg. 202 fg. Seuff. Arch. II. 155, XI. 130, XII. 15. 105, XIII. 11, XV. 8, XVII. 224, XIX. 129.

der Nachtheil von dem Benachtheiligten durch gehörige Sorgfalt hätte vermieden werden können[17]. Jedoch gilt diese Ausnahme wieder nicht, wo der Grund, weßwegen das Interesse geleistet werden muß, Arglist ist[18].

3. Der Verpflichtete muß Ersatz geben für den Nachtheil, welcher in der Vermögenslage des **Gläubigers** in Folge einer gewissen Thatsache eingetreten ist. Hat sich aber der Gläubiger im Interesse eines Andern zum Gläubiger gemacht, so bildet den Inhalt seiner Interesseforderung der von diesem Andern erlittene Nachtheil[19]. —

In Betreff des Beweises des Interesse ist zu bemerken, daß,

---

[17] L. 203 D. de R. I. 50. 17. „Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire". Einzelne Entscheidungen in: l. 11 §. 12 D. de A. E. V. 19. 1, l. 23 §. 8 D. de aed. ed. 21. 1; l. 45 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1; l. 29 §. 1 l. 56 §. 3 l. 66 pr. D. de evict. 21. 2; l. 61 §. 7 D. de furtis 47. 2; l. 28 §. 1 l. 30 §. 4 l. 52 pr. ad leg. Aq. 9. 2. Auch l. 21 §. 3 D. de A. E. V. 19. 1 in den Worten: „non magis quam si triticum emerit cet." gehört hierher (vgl. Seuff. Arch. XII. 255). Mommsen S. 157—160, Demelius Jahrb. f. Dogm. V S. 58—71, Arndts krit. VJSchr. V S. 172 fg. Andere Auffassung bei Cohnfeldt S. 142 fg. — Dagegen schadet es dem Gläubiger nicht, daß er es versäumt hat, einen Gewinn zu ziehen, den er in Folge der Nachtheil erzeugenden Thatsache hätte ziehen können. — Vgl. Seuff. Arch. I. 41, IX. 273, XI. 130, XII. 255, XIII. 235, XV. 209, XIX. 129.

[18] L. 45 §. 1 i. f. D. de A. E. V. 19. 1, l. 9 §. 4 D. ad. leg. Aq. 9. 2 („*utique*"). Mommsen S 257—259, Demelius a. a. O. S. 71—75. A. M. Cohnfeldt S. 149 fg. — Muß nicht zu der angeführten Ausnahme noch die andere hinzugefügt werden, daß auch dann kein Ersatz gefordert werden könne, wenn die Verschuldung eines Dritten mitgewirkt hat? S. l. 52 pr. D. ad leg. Aq. 9. 2 („*medici inscientia*"), l. 22 §. 4 D. ratam rem 46. 8, und über diese Stellen Mommsen S. 160—164, Windscheid a. a. O. S. 543—546, Demelius a. a. O. S. 69—71, Unger S. 115 (Note 7 a. E.), Cohnfeldt S. 143 fg., A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 178 fg. Vgl. Seuff. Arch. XIII. 28.

[19] Dadurch, daß er im Interesse eines Andern contrahirt, macht er dessen Interesse zu dem seinigen. (Beispiel: ein Verkäufer von Waaren schließt einen Frachtvertrag ab über den Transport der Waaren an den entfernt wohnenden Käufer.) Dieser wichtige Satz ist direct anerkannt in l. 14 D. si quis caut. 2. 11, l. 81 §. 1 D. de V. O. 45. 1, vgl. auch l. 28 D. de neg. gestis 3. 5, l. 8 §. 3 D. mand. 17. 1. S. namentlich den sehr verdienstlichen Aufsatz von Zimmermann (in Lübeck) im Neuen Archiv für Handelsrecht I S. 48 —82 und Seuff. Arch. XI. 36, XIV. 23.

wo das Interesse auf Grund einer Arglist des Verpflichteten gefordert wird, der Kläger zum Eide nach den oben (I §. 133 Nr. 2. b) entwickelten Grundsätzen zugelassen zu werden verlangen kann[20].

3. Leistung von Zinsen*.

§. 259.

Zinsen sind eine Vergütung für den Gläubiger wegen der einstweiligen Entbehrung des Genusses dessen, was er zu fordern hat[1]. Aber nicht jede Vergütung dieser Art fällt unter den Begriff der Zinsen; dazu ist weiter erforderlich: a) daß das, was der Gläubiger zu fordern hat, eine Quantität vertretbarer Sachen sei[2]; b) daß die Vergütung in Sachen derselben Art bestehe[3]. Die bei weitem wichtigsten Zinsen sind die Geldzinsen[4]; aber sie sind nicht die einzigen[5].

Die Zinsverbindlichkeit versteht sich nicht von selbst; sie muß besonders begründet sein. Begründet sein kann sie durch Rechts-

---

[20] Vgl. außer den am angeführten Ort Genannten noch Unterholzner I S. 257—262. Freiheit des richterlichen Ermessens: Mommsen S. 231—232, Cohnfeldt S. 110—111; Seuff. Arch. II. 155 a. E., IX. 111, XIII. 29. 272. Vgl. G. Lehmann der Nothstand des Schädenprocesses. Leipzig 1865.

* Dig. 22. 1 de usuris (et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora.) Cod. 4. 32 de usuris. — Glück XXI S. 1—150, Fritz Erläuter. II S. 20—71, Unterholzner I §. 150—159, Vangerow I §. 76—79, Sintenis II §. 87, Unger in der Oesterreichischen VJSchr. XIV S. 117 fg. S. auch Savigny System VI §. 268—269.

§. 259. [1] Deßwegen gehören die Zinsen zu den Früchten, — wenn auch nicht zu den natürlichen (l. 121 D. de V. S. 50. 16), doch zu den juristischen Früchten (l. 34 D. h. t., l. 29 §. 2 D. de aed. ed. 21. 1). Vgl. §. 144 Note 5 u. 6.

[2] In l. 25 C. h. t. wird vorausgesetzt, daß das Hingegebene zur Veräußerung oder gegen einen Anschlag in Geld hingegeben sei; vgl. l. 3 §. 4 D. h. t., l. 8 C. si cert. pet. 4. 2. Was l. 17 §. 8 D. h. t. angeht, so ist anzunehmen, daß die zu verwendende Summe durch das Vermächtniß bestimmt gewesen sei.

[3] In l. 16. 17 C. h. t. wird das zu Leistende nicht als Zins, sondern als Vertretung des Zinses aufgefaßt. Vgl. l. 11 §. 1 D. de pign. 20. 1, l. 11 C. h. t., l. 14 eod.

[4] Unter den Geldzinsen sind wieder die wichtigsten die Darlehnszinsen.

[5] L. 26 §. 1 C. h. t., l. 12 l. 23 eod.

geschäft[6], durch richterliche Verfügung, unmittelbar durch Rechtssatz; im letzten Fall spricht man von gesetzlichen Zinsen[7].

Die Zinsverbindlichkeit setzt immer eine Hauptverbindlichkeit voraus; aber sie kann zu der Hauptverbindlichkeit in einem verschiedenen Verhältniß stehen. a) Sie ist, wenngleich eine abhängige, doch eine für sich bestehende Verbindlichkeit[8]. b) Sie ist keine

---

[6] Namentlich durch Vertrag. Aber auch durch einseitiges Versprechen und durch testamentarische Anordnung, l. 10 D. de poll. 50. 12, l. 3 §. 6 D. de ann. leg. 33. 1.

[7] Unter den gesetzlichen Zinsen sind von besonderer Wichtigkeit die Verzugszinsen (§. 280 Note 6). In gewissen Fällen tritt eine gesetzliche Zinsverbindlichkeit auch ohne Verzug sofort mit Fälligkeit der Forderung ein §. 278 Note 13). Der im Processe Verurtheilte zahlt gesetzliche Zinsen, wenn er vier Monate mit der Leistung der Urtheilssumme säumig bleibt (I §. 127 Note 5a). Ferner zahlt gesetzliche Zinsen: 1) der Käufer nach Uebergabe der Kaufsache (§. 390 Note 18); 2) derjenige, welcher fremdes Gut, welches er in Händen hat, nicht wie er soll nutzbar macht, oder in seinen eigenen Nutzen verwendet (§. 410 Note 9. 10, §. 430 Note 8, §. 439 Note 7—10, s. ferner l. 1 §. 1 D. h. t., l. 6 §. 1 D. de pign. act. 13. 7, l. 4 C. dep. 4. 34); 3) wer Auslagen zu ersetzen hat, die ein Anderer für ihn gemacht hat (l. 37 D. h. t., l. 19 §. 4 D. de neg. gest. 3. 5, l. 12 §. 9 D. mand. 17. 1, l. 67 §. 2 D. pro socio 17. 2, l. 3 §. 1. 4 D. de contr. tutelae 27. 4, l. 18 C. de neg. gest. 2. 19. Vgl. Unterholzner S. 323—327, Sintenis S. 99, Arndts §. 207 Anm. 2, Unger S. 119. 120 (Note 3). — Kann eine Zinsverbindlichkeit auch durch Verjährung entstehen? Man hat es behauptet wegen l. 6 pr. D. h. t., die aber nur von einer Beweisvermuthung zu verstehen ist. Besondere Abhandlungen über die rechtliche Bedeutung lange fortgesetzter Zinszahlung: Gesterding Irrthümer der Rechtsgelehrten Nr. 1 (1817), Müller civilrechtl. Abhandl. Nr. 6 (1833), H. Keller in Sell's Jahrb. III. 5 (1845); vgl. außerdem Unterholzner Verjährungslehre II §. 253, Fritz Erläuter. II S. 30—33, Sintenis II §. 87 Note 4, Holzschuher III S. 56—58. Seuff. Arch. II. 268; vgl. IX. 148, X. 251, XVI. 32. S auch §. 302 Note 2. — Der römische Ausdruck legitimae usurae bezeichnet nicht gesetzlich begründete, sondern gesetzlich erlaubte (§. 260 Note 2) Zinsen.

[8] Sie ist eine Nebenverbindlichkeit, accessorische Verbindlichkeit (vgl. I §. 143 Note 9). Als solche geht sie mit der Hauptverbindlichkeit unter, d. h. es verfallen von nun an keine Zinsen mehr, während die bereits verfallenen nicht aufhören, verschuldet zu sein. L. 7 D. h. t., l. 18 D. de nov. 46. 2, l. 6 l. 19 C. h. t. Nur durch Verjährung des Hauptanspruches wird auch der Anspruch auf die bereits verfallenen Zinsen ausgeschlossen (I §. 107 Note 8). — Erstreckung des für die Hauptschuld bestehenden Pfandrechtes auf die Zinsverbindlichkeit: I §. 226 Note 4 und 5.

für sich bestehende Verbindlichkeit[9], sondern nur Bestandtheil der Hauptverbindlichkeit. Im letzten Falle theilt sie ohne Weiteres jede rechtliche Bestimmtheit der Hauptverbindlichkeit, und wenn der Gläubiger das Kapital ohne Vorbehalt angenommen hat, kann er keine Zinsen mehr nachfordern[10].

---

[9] Von dieser Art ist die Verbindlichkeit zur Leistung derjenigen Zinsen, von welchen es in den Quellen heißt, daß sie nicht „in obligatione" seien, sondern „officio iudicis praestantur", wohin namentlich die Verzugszinsen gezählt werden (l. 49 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 54 pr. D. loc. 19. 2, l. 58 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1). Es soll mit jenen Ausdrücken gesagt sein, daß eine besondere actio auf die Zinsen nicht stattfinde (vgl. l. 4 C. dep. 4 34), daß aber die Fassung der Formel aus der Hauptverbindlichkeit den Judex befähige, auch auf Zinsen zu sprechen (namentlich gehört hierher das „quidquid paret N^m^ N^m^ dare facere oportere ex fide bona" der actio bonae fidei, aber nicht dieses allein, vgl. z. B. l. 12 l. 23 C. h. t., Savigny Syst. VI S. 129—132). In die Sprache des heutigen Rechtes übersetzt heißt das eben, daß auf die Zinsen eine für sich bestehende Verbindlichkeit nicht begründet sei, daß aber die Hauptverbindlichkeit auch sie mit umfasse. Zu bemerken ist übrigens, daß nach römischer Auffassung zu den Zinsen, die officio iudicis praestantur, auch die aus Vertrag verschuldeten gehörten, wenn dieser Vertrag keine stipulatio war, was nach heutigem Rechte, wo der Vertrag als solcher gleich viel gilt, wie die römische stipulatio, wegfällt. Vgl. l. 24 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 1. 3. 4 C. h. t., Paul. R. S. II. 14 §. 1.

[10] D. h. auch die erfallenen Zinsen nicht. L. 49 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1. „Pretii, sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, quum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur". Wenn der Schuldner das Kapital in dem Sinne anbietet, um sich von seinem ganzen Schuldverhältniß zu befreien, und der Gläubiger das Angebotene ohne nähere Erklärung annimmt, so kann derselbe hinterher nicht sagen, er habe nicht Alles empfangen, was ihm verschuldet gewesen sei. Anders wenn er sich seine Zinsforderung ausdrücklich vorbehalten hat. Anders aber auch, wenn er von seiner Zinsforderung gar nichts gewußt hat. Die angeführte Stelle setzt sowohl Wissen des Gläubigers, als Mangel des Vorbehalts voraus, und ihre Schlußworte wollen nur sagen, daß deßwegen eben Vorbehalt nöthig sei, weil auf die Zinsen kein besonderes Forderungsrecht gehe. Andere jedoch (so Wächter II S. 343, Sintenis II S. 97 Note 24, vgl. auch §. 281 Note 9) sind strenger, und verstehen die Stelle dahin, daß sie sagen wolle, nach Tilgung des Kapitals sei der Zinsanspruch schlechthin ausgeschlossen. Aber warum sollte er schlechthin ausgeschlossen sein? Ist doch von dem quidquid des dare facere oportere immer noch Etwas übrig, wie ja auch umgekehrt das quidquid verwendet werden konnte, um bloß die Zinsen einzuklagen (l. 23 D. de exc. rei iud. 44. 2). Die Wirksamkeit des Vorbehaltes ist auch anerkannt in dem Erkenntniß bei Seuff. Arch. VI. 321 (OAG. zu Oldenburg); dawider

§. 260.

Die Höhe der Zinsen[1] bestimmt sich zunächst durch die Festsetzung, welche in der die Zinsverbindlichkeit begründenden Willenserklärung oder Rechtsvorschrift darüber getroffen ist. Jedoch kann durch Willenserklärung nicht jedes beliebige Zinsmaß festgesetzt werden, es muß dabei eine gewisse Grenze innnegehalten werden[2], während die Bestimmungen über die Höhe gesetzlicher Zinsen, welche sich in den Quellen finden[3], theilweise

---

hat entschieden das Erkenntniß das. XII. 254 (OAG. zu Jena). Vgl. auch VII. 14, VIII. 117; X. 26. — Ueber die Behauptung, daß auch das Urtheil über die Hauptschuld, selbst wenn es zuerkennend sei, den Anspruch auf die nicht geforderten und deßwegen nicht zuerkannten Zinsen ausschließe, s. I §. 130 Note 24. Im klassischen römischen Recht machte sich hier die s. g. negative Function der exceptio rei iudicatae geltend, indem in Betracht kam, daß in dem quidquid der Formel der gesammte Inhalt des Schuldverhältnisses zur richterlichen Cognition gestellt, also einer zweiten actio entzogen war. Allein auch abgesehen davon, daß diese negative Function der exceptio rei iudicatae später abgestorben ist, konnte selbst nach klassischem Recht durch eine entsprechende Fassung der Formel oder eine hinzugefügte praescriptio die consumirende Kraft des Urtheil auf das wirklich Geforderte beschränkt werden (l. 23 D. de exc. rei iud. 44. 2): warum soll denn heutzutage das Urtheil über den Bereich des wirklich Geforderten wirken? Freilich findet sich selbst die Behauptung, daß in der Hauptschuld die Zinsen, um die es sich handelt, stillschweigend mit gefordert seien (dawider Seuff. Arch. XII. 91, vgl. das. X. 296). — Die in dieser Note bekämpfte Ansicht wird namentlich vertreten von Sintenis II S. 96—99; übereinstimmend mit dem hier Gesagten Unger S. 122 (Note 8). S. auch Arndts krit. VJSchr. V S. 181—183.

[1] Die Höhe der Zinsen pflegt bei uns wie bei den Römern in Hunderttheilen (Procenten) des Kapitals ausgedrückt zu werden. Nur beziehen wir die Hunderttheile auf das Jahr, während die Römer sie auf den Monat bezogen. So ist centesima usura bei den Römern = 12%; niedrigere Zinssätze drücken sie in Zwölftheilen (unciae) dieser centesima usura aus. Vgl. Unterholzner §. 152. §. 260.

[2] Heutzutage von 5%; das Nähere darüber im folgenden §.

[3] Unter diesen Bestimmungen sind von allgemeinerer Bedeutung: 1) daß der Fiscus 6% soll fordern dürfen, l. 17 §. 6 D. h. t.; 2) daß der Verwalter fremden Geldes, welcher dasselbe unredlicher Weise für sich gebraucht, die höchsten Zinsen soll bezahlen müssen, welche gesetzlich ausgemacht werden können, l. 38 D. de neg. gest. 3. 5, l. 7 §. 4. 10 D. de adm. et per. 26. 7, l. 1 de us. pupill. 5. 56. Vgl. §. 411 Note 10, §. 439 Note 9, und Dernburg Pfandrecht II S. 221. Die übrigen hierher gehörigen Bestimmungen beziehen sich auf besondere Fälle, und sind an ihrem Orte zu nennen; s. z. B. I §. 129

über diese Grenze hinausgehen[4]. Fehlt es an einer Festsetzung über die Höhe der Zinsen, so ist im Zweifel auf den Ortsgebrauch

Note 5a, I §. 169a Note 4 Nr. 4 (dazu die folgende Note), II §. 280 Note 8, II §. 496 Note 10, II §. 502 Note 3; Unterholzner S. 329—330, Puchta §. 228, Arndts §. 208 Anm. 2.

[4] Ueber die vom römischen Recht bestimmte Grenze (6%) gehen hinaus die Urtheilszinsen und die nach I §. 169a Note 4 Nr. 4 zu zahlenden Zinsen (beide 12%, l. 2 C. de us. rei iud. 7. 54, l. 4 C. de aed. priv. 8. 10); über die vom heutigen Recht bestimmte Grenze (5%) gehen hinaus die fiscalischen Zinsen (l. 17 §. 6 D. h. t., Note 3). Vielfach wird aber behauptet, daß heutzutage dieses Zinsmaß auf das heutige gesetzlich erlaubte Zinsmaß von 5% zu reduciren sei. Theilweise hat diese Behauptung auch guten Grund Denn was zuerst die 12% der l. 4 C. de aed. priv. angeht, so läßt sich mit Fug bezweifeln, ob dieselben auch nur für das römische Recht, wenn wir uns nämlich auf den Standpunkt der Justinianischen Compilation stellen, festgehalten werden dürfen, und ob nicht vielmehr angenommen werden müsse, daß die Compilatoren nur aus Versehen versäumt haben, nach Aenderung des gesetzlichen Zinsmaßes „cum centesimis usuris“ in „cum legitimis usuris“ oder „cum semissibus usuris“ zu verwandeln. Vgl. die l. 26 §. 1 C. h. t.: „et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usurae solent“, und die Ausdrücklichkeit, mit welcher dieser Vorschrtft gegenüber in l. 2 C. de us. rei iud. 7. 54 die Ausnahme hervorgehoben wird. Aber auch in Betreff der dem Fiscus zugebilligten 6% erscheint es sehr wahrscheinlich, daß dieselben nichts sein sollen, als das erlaubte Zinsmaximum des römischen Rechts. Ist das Gesagte richtig, so kann es keinem Anstand unterliegen, daß in beiden Fällen das heutige Zinsmaximum von 5% zur Anwendung kommen muß. Dagegen sehe ich für eine gleiche Herabsetzung der Urtheilszinsen keinen genügenden Anhalt. Man beruft sich auf den R. D. A. 1600 §. 139. Aber derselbe spricht nur von Verzugszinsen, und wenn man geltend macht, daß es sich auch in dem genannten Falle wenigstens im weitern Sinne um Verzugszinsen handele, so scheint mir dabei übersehen, daß die Bestimmung des römischen Rechts doch entschieden auch ein Strafmoment in sich trägt. Auch ein fester abändernder Gerichtsgebrauch wird sich nicht nachweisen lassen. — Uebrigens ist die im Vorstehenden behandelte Meinungsverschiedenheit nicht die einzige, welche in Betreff der Frage nach der heutigen Anwendbarkeit der römischen Bestimmungen über die Höhe der gesetzlichen Zinsen hervorgetreten ist. So ist namentlich auch behauptet worden, daß, wie der höhere römische Zinssatz bei uns auf die heutigen 5% zu erniedrigen, so der niedrigere auf dieselben zu erhöhen sei. — Vgl. besonders Fritz Erläut. II S. 40—46. 55—61, außerdem Glück XXI S. 101—103, Unterholzner S. 317 und §. 159. s, Seuffert §. 233, Puchta §. 228, Arndts §. 210, Sintenis II S. 100—102, Holzschuher III §. 215 S. 78.

zu sehen[5], vorausgesetzt jedoch, daß derselbe das erlaubte Zinsmaß nicht überschreitet[6].

§. 261.

Die Zinsverbindlichkeit unterliegt gewissen gesetzlichen Beschränkungen. Die allgemeine Tendenz derselben ist, den Schuldner gegen Druck zu schützen[1].

1. Die erste dieser Beschränkungen ist die bereits im vorigen §. erwähnte in Betreff des Zinsmaßes: durch Willenserklärung[2] kann keine Zinsverbindlichkeit auf mehr als 5% begründet werden[3].

---

[5] Das gilt sowohl für den Fall, wo die Zinsverbindlichkeit auf Willenserklärung, als für den Fall, wo sie auf Rechtssatz beruht; in beiden Fällen ist es in Ermangelung anderer, nach anderer Richtung weisender, Auslegungsmomente für das Wahrscheinliche zu erachten, daß Zinsen gemeint seien, wie sie an dem betreffenden Orte regelmäßig gewährt werden. Für gesetzliche Zinsen ist dieß in den Quellen auch ausdrücklich anerkannt: l. 1 pr. l. 37 D. h. t., l. 7 §. 10 i. f. D. de admin. 26. 7, l. 39 §. 1 D. de leg. I° 30. Schwankt der Ortsgebrauch, so ist nach allgemeinen Auslegungsregeln (I §. 84 Note 4 und 5) für den geringsten Betrag zu entscheiden. — Das HGB. (Art. 287) bestimmt die gesetzlichen Zinsen auf 6%.

[6] L. 1 pr. D. l. 26 §. 1 C. h. t.

[1] Das canonische Recht verbietet auf Grund von Mos. II. 22 V. 25. III. 25 V. 35—37. V. 23 V. 19. 20 alles Zinsennehmen (c. 14 qu. 4—6, titt. X. 5. 19. in VI° 5. 5. in Cl. 5. 5). Dieses Verbot ist aber in Deutschland zuerst umgangen (Interesseforderung, Rentenkauf), sodann durch eine constante, in Reichsgesetzen (R. P. O. 1577 Tit. 20 §. 6, R. D. A. 1600 §. 139, J. R. A. §. 174) anerkannte, Gewohnheit abgeschafft worden. Zu gleicher Zeit wurde die römische Zinsentheorie recipirt. Unterholzner S. 314, Fritz Erläut. II S. 46—51. — Die neuere Gesetzgebung ist den Zinsbeschränkungen nicht günstig. Voraussichtlich werden sie in nicht langer Zeit in Deutschland ganz beseitigt sein, wie sie theilweise schon aufgehoben sind. §. 261.

[2] Die Gesetze haben zunächst nur den Zinsvertrag im Auge; aber das Gleiche muß in ihrem Sinne auch für die testamentarische Anordnung und die richterliche Verfügung gelten.

[3] Das classische römische Recht erlaubte 12%, Justinian (l. 26 §. 1 C. h. t.) 6%, aber mit gewissen Ausnahmen (vgl. auch Nov. 32—34). Die römische Regel ist in Deutschland nie durch ein allgemeines Gesetz abgeschafft worden. Dagegen ist für den in der früheren Zeit das Zinsgeschäft vertretenden Rentenkauf allerdings der Procentsatz reichsgesetzlich auf 5% bestimmt worden (zuletzt R. P. O. 1577 Tit. 17 §. 9), und wo in den Reichsgesetzen von Zinsen die Rede ist, betrachten sie überall 5% als das höchste erlaubte Zinsmaß. So R. P. O. 1577 Tit. 20. §. 6 (Zinsen der Juden), J. R. A. 1654 §. 174 (Zinsen für Schulden aus der Zeit des dreißigjährigen Krieges), vgl. R. D.

Ausgenommen ist jedoch der Fall, wo die Zinsen Prämie für eine übernommene Gefahr sind[4].

2. Rückständige Zinsen können nicht wieder zinstragend gemacht werden, weder indem sie zum Kapital geschlagen werden, noch indem aus ihnen ein neues Kapital gebildet wird[5].

3. Sobald die rückständigen Zinsen die Höhe des Kapitals erreicht haben, hört der fernere Zinsenlauf auf[6].

A. 1600 §. 139 (Verzugszinsen). Auch ist der früher noch von Manchen vertheidigte „sechste Zinsthaler" in der neueren Zeit ganz aufgegeben. Vgl. Fritz Erläut. II S. 51—55, Unterholzner §. 154. r, Sintenis §. 87 Note 46, Holzschuher III §. 215 Nr. 6. — Das HGB. (Art. 292) erlaubt bei Handelsgeschäften 6%, bei Darlehen, welche ein Kaufmann empfängt, und bei Schulden eines Kaufmanns aus seinen Handelsgeschäften, auch Mehr. Vgl. Seuff. Arch. XI. 24. 129, XVII. 16.

[4] So bei dem foenus nauticum S. §. 371 a. E.

[5] S. g. anatocismus, — coniunctus, separatus. L. 26 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 29 D. h. t., l. 27 D. de re iud. 42. 1, l. 20 C. ex quib. caus. inf. 2. 12, l. 3 C. de us. rei iud. 7. 54, l. 28 C. h. t. Eine Ausnahme liegt nicht darin, daß Jemand Zinsen von den Zinsen verlangen kann, die ein Anderer für ihn eingenommen, oder die er für einen Andern gezahlt hat, l. 10 §. 3 i. f. D. mand. 17. 1, l. 7 §. 12 l. 58 §. 1. 4 D. de adm. et per. 26. 7); in beiden Fällen sind es nicht unbezahlte Zinsen, die wieder Zinsen tragen. Man hat aus diesen Stellen wohl den Satz hergeleitet, daß das gesetzliche Verbot nicht Platz greife, sobald eine Novation, oder doch durch Novation ein neuer Gläubiger oder ein neuer Schuldner eintrete; ich halte das für unbegründet. Vgl. Fritz Erläut. II S. 64—65, Puchta §. 229. ii, Sintenis §. 87 Anm. 49, Holzschuher III §. 215 Nr. 4, Seuffert Arch. II. 150. Eine wirkliche Ausnahme macht das GHB. (Art. 291) für den Contocurrentüberschuß. Vgl. Seuffert Pand. §. 233 Note 10; Seuff. Arch. II. 149, VII. 290, VIII. 21, X. 207, XVI. 19. 202, XVII. 16, XVIII. 218. S. auch noch Holzschuher III §. 215 Nr. 5.

[6] Keine Zinsen ultra duplum, oder, wie man heutzutage zu sagen pflegt, ultra alterum tantum. L. 26 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 10 l. 27 §. 1 C. h. t. Nach späteren Verfügungen Justinians soll der Zinsenlauf sogar dann aufhören, wenn die gezahlten Zinsen die Höhe des Kapitals erreicht haben (l. 29 l. 30 C. h. t., Nov. 121. 138. 160); aber diese Stellen sind glücklicherweise nicht glossirt. Uebrigens ist die heutige Anwendbarkeit auch der im Text genannten Regel weder in Theorie noch Praxis unbestritten, und auch wo sie anerkannt wird, wird vielfach die Beschränkung hinzugefügt, daß der Gläubiger es an der nöthigen Sorgfalt in der Beitreibung der Zinsen habe fehlen lassen. S. Pfeiffer prakt. Ausführ. VII S. 40—42. 45—46, Holzschuher III §. 215 Nr. 1. Seuff. Arch. II. 269, IX. 14, X. 207 (238),

Geschäfte, welche zur Umgehung dieser Verbote abgeschlossen werden, sind ebenso nichtig[7], wie diejenigen, welche direct gegen sie verstoßen[8]. Sind verbotene Zinsen gezahlt worden, so müssen dieselben zuerst auf das Kapital angerechnet, sodann zurückgegeben werden[9].

XV. 188, XVIII. 26; Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck I S. 1092. Fällt die Regel auch dadurch weg, daß ein rechtskräftiges Urtheil gegen den Schuldner vorliegt? Dafür Pfeiffer prakt. Ausführ. VII S. 42 fg. — S. noch Seuff. Arch. V. 14, X. 239, XVII. 222. — Literatur außer der citirten Abhandlung von Pfeiffer: W. Sell in Sell's Jahrb. I. 2 (1841); vgl. auch Fritz Erläuter. II S. 61—63. — HGB. Art. 293: „Die Zinsen können bei Handelsgeschäften in ihrem Gesammtbetrage das Kapital überschreiten". Vgl. Seuff. Arch. II 149, VII. 290, XIII. 21, X. 207.

[7] In dem Erk. des OAG. zu Lübeck bei Seuff. VIII. 242 wird angenommen, daß die Uebertretung der Wuchergesetze sogar von Amtswegen zu berücksichtigen sei.

[8] Dieß ist nichts Besonderes (I §. 70 Note 2); aber gerade hier liegt die Gefahr der Umgehung besonders nahe. Vgl. l. 44 D. h. t., l. 13 §. 26 D. de A. E. V. 19. 1, l. 15 l. 16 l. 26 §. 1 C. h. t. Seuff. Arch. III. 155. In der zuletzt genannten Stelle verbietet Justinian namentlich, dem Schuldner unter irgend einem Vorwande („siliquarum nomine vel sportularum", heutzutage etwa als Provision, Zahlgeld) Etwas von dem dargeliehenen Kapital abzuziehen; das Abgezogene soll weder verzinst, noch zurückgegeben zu werden brauchen. (Vgl. übrigens Seuff. Arch. I. 26, III. 308, VIII. 22. 225, XI. 129, XVI. 21. 202, XVII. 16; Thöl Handelsr. I §. 111 Note 5[b].) Nicht hierher gehört der Vorabzug der Zinsen selbst; obgleich darin ein Zinswucher insofern liegen kann, als der Gläubiger dadurch außer den Zinsen auch dasjenige bezieht, was dieselben bis zu ihrer Fälligkeit an Zinsen zu tragen im Stande sind. Vgl. über die verschiedenen Ansichten in Betreff dieses Punktes Glück XXI S. 71 fg., Röder Abhandl. über praktische Fälle des Civilrechts Nr. 4 (1833), Fritz Erläut. II S. 66—71, Vangerow I §. 77 Anmerk. 2, Sintenis II §. 87 Note 55, Holzschuher III S. 73. 74. — Zu den Umgehungsgeschäften gehört auch der s. g. contractus mohatrae (Verkauf eines beliebigen Gegenstandes auf Credit und sofortiger Rückkauf desselben um eine geringere Summe). Vgl. noch Seuff. Arch. IX. 297, X. 153. 154.

[9] L. 26 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 18 l. 26 §. 1 C. h. t.; vgl. Paul. R. S. II. 14 §. 2. 4. Röder Abhandlungen Nr. 5, Vangerow I §. 76 Anm. 2 Nr. 3, Witte Bereicherungsklagen S. 71 fg. Seuff. Arch. IX. 297.

III. Inhalt des Forderungsrechtes.

A. Ueberhaupt. Uebersicht des Folgenden.

§. 262.

Unter Inhalt des Forderungsrechtes wird hier sein rechtlicher Gehalt verstanden, die Macht, welche es dem Gläubiger gewährt[1]. Dieser rechtliche Gehalt ist im Allgemeinen bereits dahin bezeichnet worden, daß der Gläubiger vom Schuldner eine gewisse Leistung zu verlangen befugt ist (§. 250. 251); hier ist er näher zu bestimmen, und dabei von folgenden einzelnen Punkten zu handeln.

1. Wie ist es, wenn der Schuldner dem Verlangen des Gläubigers nicht nachkommt? Dann hat der Gläubiger nach allgemeinen Grundsätzen, wie einerseits die Pflicht (I §. 123), so andererseits das Recht (I §. 122), den Richter anzurufen; wenn auch der verurtheilte Schuldner die Leistung noch verweigert, so tritt Zwang gegen ihn ein. Es ist aber nicht unter allen Umständen für den Schuldner gefahrlos, den Gläubiger zur Beschreitung des Rechtsweges zu nöthigen. Darüber das Nähere in §. 263.

2. Wie ist es, wenn dem Schuldner die Leistung unmöglich

---

§. 262. [1] In Betreff des Ausdruckes „Inhalt des Forderungsrechtes" macht sich eine gleiche Mehrdeutigkeit geltend, wie in Betreff des Ausdruckes „Gegenstand des Forderungsrechtes" (§. 252 Note 1). Der Sprachgebrauch erlaubt es, unter „Inhalt des Forderungsrechtes" auch die Leistung (den Inhalt der Leistung) zu verstehen, zu welcher das Forderungsrecht den Schuldner verpflichtet. Es ist z. B. nicht sprachwidrig, zu sagen: der Inhalt der Darlehnsforderung sei die Rückzahlung der dargeliehenen Geldsumme. In diesem Sinne den Ausdruck genommen, bezeichnet er also gerade dasjenige, was von mir Gegenstand des Forderungsrechtes genannt wird. Vgl. Savigny Obl. I S. 295: „Gegenstand der Obligation, welchen man auch als Inhalt derselben bezeichnen kann". Kuntze die Obligation ꝛc. §. 34 nennt „Gegenstand der Obligation" die Leistung als solche, „Inhalt der Obligation" den concreten Inhalt der Leistung, und gebraucht statt „Inhalt der Obligation" auch den Ausdruck „Vermögensstoff der Obligation"; übereinstimmend Salkowski zur Lehre von der Novation S. 4. Puchta (§. 220—237) handelt unter der Rubrik „Inhalt der Obligation": 1) von dem Gegenstand, 2) von den Subjecten, 3) von dem Schutz derselben, Arndts (§. 201—217) unter der Rubrik „Wesen und Inhalt der Obligationen" von den genannten drei Punkten und vom Begriff der Obligation. Vgl. noch Unger I S. 499—500. 543.

ist? Dann ist er nach Verschiedenheit der Fälle entweder frei, oder zu einem Ersatz in Geld verpflichtet. Darüber §. 264. 265.

3. Wie ist es ferner, wenn das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreicht? Man spricht in diesem Falle von Zahlungsunfähigkeit, und wenn eine Mehrheit von Gläubigern vorhanden ist, von Concurs. Darüber §. 266—272.

4. Eine besondere Betrachtung macht sodann nöthig die Zeit, zu welcher, und der Ort, an welchem der Gläubiger die Leistung verlangen kann. Darüber §. 273—282.

5. Die dem Gläubiger durch das Forderungsrecht gewährte rechtliche Macht kann in künstlicher Weise gesteigert werden. Darüber §. 283—286.

6. Auf der andern Seite gibt es auch Forderungsrechte, welche dem Gläubiger nicht die volle Macht gewähren, welche das Forderungsrecht an und für sich gibt. Man kann sie nur uneigentlicher Weise Forderungsrechte nennen; gewöhnlich bezeichnet man sie durch den Ausdruck: natürliche Verbindlichkeiten. Darüber §. 287—289.

B. Nachtheile des Schuldners, welcher den Gläubiger zum Proceß nöthigt.

§. 263.

Diese Nachtheile treten entweder schon dann ein, wenn der Schuldner es zur Klage kommen läßt, oder nur dann, wenn er den Gläubiger durch sein Leugnen zum Beweise nöthigt, oder endlich nur dann, wenn er auch bis zum Urtheil den Gläubiger nicht befriedigt.

1. Ein Nachtheil schon in Folge der Klage trifft denjenigen, welcher mit einem Vermächtniß zu Gunsten einer Kirche oder frommen Stiftung beschwert ist; er muß, wenn er es zur Klage kommen läßt, das Doppelte zahlen[1].

2. Die Nachtheile, welche den Schuldner in Folge des Leugnens treffen, bestehen entweder ebenfalls in einer Steigerung des

[1] §. 19. 23. 26 I. de act. 4. 6, vgl. l. 46 §. 7 C. de ep. et cl. 1. 3 (lex rest.). (Früheres Recht: §. 7 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, Gai. II. 282. IV. 9. 171, Paul. R. S. I. 19 §. 1; Rudorff in dem in Note 2 genannten Orte S. 399—417.) §. 263.

klägerischen Anspruchs auf das Doppelte[2], oder in einer Schmälerung der Vertheidigung.

a) Eine Steigerung des Anspruchs auf das Doppelte tritt ein bei der Forderung aus dem Aquilischen Gesetz, wenn der Schuldner die verübte Beschädigung[3], und bei der Forderung aus einem vom Schuldner ausgestellten Empfangsbekenntniß, wenn derselbe seine Handschrift oder den Empfang ableugnet[4].

b) Eine Schmälerung der Vertheidigung tritt in folgenden Fällen ein[5]. Der Bürge, welcher die Bürgschaft leugnet, verliert

---

[2] Die Quellen sagen: lis infitiatione crescit in duplum. Vgl. über diese Lehre, namentlich auch ihre ursprüngliche Bedeutung und geschichtliche Entwicklung: C. Sell in Sell's Jahr. II. 1. 5 (1843), Huschke Nexum S. 175—212 und Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 256—284 (1846), Rudorff das. XIV. 9 (1848).

[3] L. 2 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, §. 19. 23. 26 I. de act. 4. 6, l. 4 C. ad leg. Aq. 3. 35. Rudorff a. a. O. S. 374—375. 391—392. S. übrigens auch unten §. 455 Nr. 6 a. E.

[4] Nov. 18 c. 8, Auth. *Contra* C. de non num. pec. 4. 30. In gleicher Weise wird der Gläubiger, welcher die Handschrift der von ihm ausgestellten Quittung oder den Empfang ableugnet, um den Betrag seiner Forderung gestraft. S. die cit. Stellen. — Die Verurtheilung auf das Doppelte fällt weg, wenn der Beklagte auch nur auf zugeschobenen Eid hin gesteht; jedoch muß er die bis dahin aufgelaufenen Kosten ersetzen. Das Gleiche muß von dem Fall der Note 3 gelten. Bringt der leugnende Beklagte in zweiter Linie Einreden vor, so wird er dennoch verurtheilt, wenn er dieselben auch beweist, freilich nun nicht auf das Doppelte. Die Nov. 18 c. 8 cit. erkennt dieß für die Einrede der Zahlung ausdrücklich an. Auch hier ist das Gleiche für den Fall der Note 3 zu behaupten. Die Meinung, daß in beiden Fällen der leugnende Beklagte alle Einreden verliere und somit auf das Doppelte verurtheilt werde, (Sell S. 183, Rudorff S. 471) steht in Widerspruch mit Nov. 18 c. 8 und findet in l. 43 pr. D. de R. I. 50. 17 keinen ausreichenden Belag. S. über diese und andere Fragen Sell S. 175—238, Rudorff S. 469—475, Sintenis II S. 346 und das. Note 73.

[5] Vgl. zu dem Folgenden noch I §. 196 Note 7. §. 197 Note 1. §. 235 Note 26. — Zu den nachstehend genannten Bestimmungen fügt man gewöhnlich die fernere hinzu, daß der Eigenthümer eines Thieres, welcher aus einem von dem Thiere angerichteten Schaden belangt dessen Eigenthum ableugne, das Recht zur noxae datio verliere, — ohne zu beachten, daß nach l. 1 §. 15 D. de paup. 9. 1 dieser Nachtheil nur dann eintreten soll, wenn die Ableugnung auf eine interrogatio in iure geschehen ist. Will man aber dem Recht der interrogatio in iure an diesem Punkte praktische Geltung zuschreiben, so ist kein Grund vorhanden, nicht auch die Bestimmungen der l. 11 §. 3. 4 l. 17 D. de interrog. 11. 1 zur Anwendung zu bringen.

die Rechtswohlthat der Theilung und der Vorausklage[6]. Der Gesellschafter, welcher die Gesellschaft leugnet, verliert die Rechtswohlthat des Nothbedarfs[7]. Der Empfänger einer unverschuldeten Leistung, welcher den Empfang leugnet, verliert den Beweisvortheil[8].

3. Nichtbefriedigung bis zum Urtheil hat Verurtheilung auf das Zwiefache zur Folge bei der Forderung auf Rückgabe einer zur Zeit der Noth hinterlegten[9], einer vermietheten und einer vergünstigungsweise gegebenen Sache[10]; bei der Forderung auf Rücknahme einer gekauften Sache wegen Fehlerhaftigkeit[11]; bei der Forderung gegen die Pächter öffentlicher Einkünfte auf Wiedergabe des von ihnen oder ihren Leuten Weggenommenen, so wie auf Ersatz der von ihnen oder ihren Leuten böswilliger Weise angerichteten Beschädigung[12]; — sie hat Verurtheilung auf das Vierfache zur Folge bei der Forderung aus dem Zwange[13]. In dem Fall der in der Note[14] genannten Stelle wird die Verurtheilung um ein Drittel gesteigert.

Es ist jedoch die heutige Anwendbarkeit der im Vorstehenden genannten Bestimmungen vielfach bestritten[15].

---

[6] L. 10 §. 1 D. de fidei. 46. 1. Was die Rechtswohlthat der Vorausklage angeht, s. §. 478 Note 8.

[7] L. 67 §. 3 D. pro soc. 17. 2, l. 22 §. 1 D. de re iud. 42. 1.

[8] Er muß jetzt die Verschuldung beweisen, nicht der Kläger die Nichtverschuldung. L. 25 pr. D. de prob. 22. 3.

[9] Die Forderung geht nach dem prätorischen Edikt von Haus aus auf das Doppelte (§. 17 I. de act. 4. 6, l. 1 §. 1 D. dep. 16. 3); aber durch Herausgabe des Einfachen kann die Verurtheilung abgewendet werden. Die Institutionen (§. 22. 26 I. de act. 4. 6) stellen ungenau diesen Fall zu den Fällen, wo lis infitiatione crescit in duplum. Rudorff S. 457—463.

[10] Dieß nach einer Bestimmung des Kaisers Zeno v. J. 484, l. 10 C. unde vi 8. 4 (in abgekürzter Gestalt l. 34 C. de loc. 4. 65).

[11] L. 45 D. de aed. ed. 21. 1.

[12] L. 1 pr. l. 5 pr. D. de publ. 39. 4.

[13] §. 25. 27 I. de act. 4. 6, l. 14 §. 1 D. quod met. causa 4. 2.

[14] L. 33 pr. C. de inoff. test. 3. 28. Sintenis III §. 196 Note 20.

[15] Ueber diese schwierige Frage bemerke man Folgendes. 1) Am wenigsten bestritten ist die heutige Anwendbarkeit der unter Nr. 2 lit. b angeführten Bestimmungen. Vgl. Wetzell Civilproc. 2. Aufl. S. 280 fg. (s. jedoch Seuff. Arch. XVII. 37). 2) Was die Steigerung des Anspruches auf das Zwei- und Vierfache betrifft (No. 1. 2, a. 3), so ist über die heutige Geltung dieser Stei-

C. Unmöglichkeit der Leistung.

§. 264.

Beruft sich derjenige, von welchem eine Leistung gefordert wird, auf die Unmöglichkeit der Leistung, so ist zu unterscheiden,

---

gerung von den Civilisten von jeher in Zusammenhang mit der Frage gestritten worden, ob überhaupt die römischen actiones poenales heutzutage noch Geltung haben. Dabei ist die Zahl der Bejahenden der Zahl der Verneinenden gegenüber immer eher größer gewesen, als kleiner. S. §. 326 Note 5. Noch entschiedener gilt dieß von den Proceßualisten. S. die Nachweisungen bei Glück VI S. 185 Note 70, und die Lehrbücher des Civilprocesses von Martin §. 39, Linde §. 118, Heffter §. 133, Bayer §. 23, Osterloh §. 121, Wetzell §. 30. 3) Eine die Steigerung des Anspruchs anerkennende constante Praxis ist nirgends bezeugt; ja es geben wohl umgekehrt die Vertheidiger der Steigerung selbst zu, daß in der Praxis nur auf das Einfache gesprochen werde. S. namentlich Stryk Us. mod. Pand. lib. IX tit. 2 §. 20. Von der anderen Seite fehlt es aber doch nicht ganz an Zeugnissen für die praktische Anwendung, wie der römischen Strafklagen überhaupt, so speciell der hier in Frage stehenden; s. §. 326 Note 5. 4) Will man sich auch über diese Anwendungsfälle als vereinzelte hinwegsetzen, und demgemäß für die römischen Strafklagen überhaupt, und die hier in Frage stehenden speciell, einen non usus annehmen, so fragt es sich doch, ob in diesem non usus der Ausdruck eines zu Grunde liegenden Rechtsbewußtseins gefunden werden dürfe. Ist es nun schon äußerst bedenklich, diese Frage für die Strafklagen überhaupt zu bejahen (s. dieses Lehrbuch a. a. O.), so kommt gerade für diejenigen, um welche es sich hier handelt, Folgendes hinzu. Offenbar ist ein Unterschied zwischen Strafen, welche eine Buße für einen Bruch der Rechtsordnung verhängen, und solchen, welche im Hinblick auf bestimmte Interessen zu einem Thun oder Unterlassen bestimmen wollen. Wenn es der treibende Gedanke ist, welcher der Entwicklung des Strafrechts zu Grunde liegt, daß Strafen der ersten Art nur von dem Staate als dem Wächter der Rechtsordnung eingefordert werden sollen, so werden doch die Strafen der zweiten Art von diesem Gesichtspunkt nicht berührt. Daß aber die Strafen, welche hier zur Frage stehen, wenigstens der Mehrzahl nach, von dieser letztern Art sind, liegt auf der Hand. Vgl. auch Nov. 18 c. 8: — „non quia amarioribus legibus delectamur, sed quia lites eorum minores efficimus, quatenus timore poenae citius dicant, quod confiteri competit". 5) Am Wenigsten möchte gegen die Anwendbarkeit der Verdoppelung bei Vermächtnissen zu Gunsten von Kirchen und frommen Stiftungen einzuwenden sein; hier wird die praktische Geltung der Verdoppelung selbst von solchen Schriftstellern zugegeben, welche im Uebrigen die römischen Strafklagen auf

ob die Unmöglichkeit schon von Anfang an vorhanden gewesen ist, d. h. schon zur Zeit der Thatsache, auf welche der Gläubiger sein Forderungsrecht gründet (ursprüngliche Unmöglichkeit), oder ob sie erst nach dieser Thatsache eingetreten ist (nachfolgende Unmöglichkeit).

1. Bei der ursprünglichen Unmöglichkeit ist ferner zu unterscheiden zwischen objectiver Unmöglichkeit, d. h. Unmöglichkeit an sich, und subjectiver Unmöglichkeit, d. h. Unmöglichkeit bloß für den Schuldner[1]. Die objective Unmöglichkeit läßt das Forderungsrecht, welches die betreffende Thatsache zu erzeugen an und für sich fähig gewesen wäre, gar nicht entstehen, und es kann weder die Leistung

---

das Mehrfache ausschließen, so von Lauterbach Coll. theor.-practic. ad libros de legat. n⁰ 55, Boehmer de act. II c. 3 §. 77, Heineccius elem. iur. IV. 6 §. 11. 27, Müller ad Leyser. obs. 38; vgl. auch Sell a. a. O. S. 250 ob. Was die unter Nr. 3 genannten Bestimmungen angeht, so ist in Betreff derselben noch speciell zu erwägen, ob sie nicht, wenigstens theilweise, ihren Grund haben in dem nach classischem römischen Recht dem Urtheil vorhergehenden richterlichen Vorbescheid (arbitratus iudicis), und daher mit diesem weggefallen sind. Aber „es ist sehr möglich, daß (dieser Vorbescheid) auch schon in Justinians Zeit nicht mehr vorkam, und daß der §. 31 I. de act. 4. 6, der darauf hinweist, gedankenlos aus einem alten Juristen abgeschrieben worden ist" (Savigny Syst. V S. 145). — Vgl. im Allgemeinen Glück V S. 390. VI S. 182 fg., Sell a. a. O. 246—251, Rudorff a. a. O. S. 476—478, Sintenis II S. 343—348, Kleinschmidt Arch. f. prakt. RW. N. F. I. 3. Seuff. Arch. XIV. 245, XVII. 37 (gegen die heutige Geltung).

* Fr. Mommsen die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse (der „Beiträge zum Obligationenrecht" erste Abth. 1853). Dazu Windscheid in der Heid. krit. Zeitschr. II S. 106—145, Brinz in der krit. Ueberschau V S. 278—302, Mommsen Lehre von der Mora S. 407—428. Der Aufsatz von Ude Arch. f. civ. Pr. XLVIII. 10. 14 (1865) ist gut geschrieben, aber enthält nichts Neues. — Savigny Obl. I §. 37. II §. 81, Unterholzner I §. 100—102, Sintenis II S. 22—25.

[1] Beispiele: Geben einer Sache, die bereits untergegangen ist — Geben einer Sache, welche nicht im Eigenthum des Schuldners steht; eine nicht existirende Sache kann nicht gegeben werden, eine Sache, welche nicht im Eigenthum des Schuldners steht, kann nicht vom Schuldner gegeben werden. S. l. 137 §. 4. 5 D. de V. O. 45. 1, wo unterschieden wird zwischen „impedimentum naturale" und dem Mangel der „facultas dandi"; vgl. auch l. 55 D. de A. E. V. 19. 1. Der Gegensatz läßt sich auch durch die Ausdrücke „absolute, relative Unmöglichkeit" bezeichnen, obgleich Andere diese Ausdrücke in §. 264.

selbst, noch statt derselben ein Geldäquivalent gefordert werden[2]. Dagegen hindert die bloß subjective Unmöglichkeit das Entstehen des Forderungsrechtes nicht; dasselbe hat statt der unmöglichen Leistung zum Gegenstand die Leistung eines Geldäquivalentes[3]. Näher wird von der ursprünglichen Unmöglichkeit in der Lehre von der Entstehung der Forderungsrechte gehandelt werden (§. 315)[4].

2. Bei der nachfolgenden Unmöglichkeit kommt es nicht darauf an, ob sie eine objective oder eine subjective ist, sondern darauf, ob den Schuldner in Betreff derselben eine Schuld trifft, oder nicht. Trifft ihn eine Schuld nicht, so ist er frei[5], und muß nur leisten, was das die Unmöglichkeit herbeiführende Ereigniß ihm von dem Leistungsgegenstand noch gelassen oder

---

anderem Sinn gebrauchen (Mommsen S. 4. 5, Brinz S. 283. 284). Ueber Einzelnes s. Mommsen §. 2—10.

[2] L. 185 D. de R. I. 50. 17. „Impossibilium nulla obligatio est". L. 1 §. 9. 10 D. de O. et A. 44. 7, l. 34 l. 35 pr. l. 83 §. 5 l. 103 D. de V. O. 45. 1, §. 1. 2 I. de inut. stip. 3. 19; l. 15 pr. l. 34 §. 1 l. 57 pr. §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 1 l. 7 D. de her. vend. 18. 4; l. 49 §. 3 D. de leg. II° 31, l. 39 §. 8—10 D. de leg. I° 30.

[3] L. 34 D. de V. O. 45. 1, l. 137 §. 4. 5 eod., l. 15 §. 3 i. f. D. de usurp. 41. 3; l. 28 D. de contr. emt. 18. 1; l. 49 §. 3 D. de leg. II° 31, l. 39 §. 7 l. 40 l. 71 §. 3 D. de leg. I° 30. Vgl. l. 104 §. 2 D. de leg. I° 30, l. 55 D. de A. E. V. 19. 1, l. 103 i. f. D. de V. O. 45. 1 (Mommsen S. 16, Windscheid S. 110 Note 1).

[4] Daselbst wird namentlich die Frage beantwortet werden, ob nicht bei objectiver Unmöglichkeit der Versprechende dem anderen Contrahenten, welcher die Unmöglichkeit nicht gekannt hat, wenigstens zu einer Entschädigung dafür verpflichtet ist, daß derselbe in der Erwartung eines gültigen Vertrages getäuscht worden ist, ferner die Frage, ob der Satz, daß der Versprechende sich auf die subjective Unmöglichkeit nicht berufen kann, ausnahmslos wahr ist.

[5] Vgl. unter vielen Stellen l. 1 §. 4 D. de O. et A. 44. 7, l. 37 l. 51 D. de V. O. 45. 1, l. 107 D. de sol. 46. 3; l. 26 §. 1 l. 47 §. 4. 6 D. de leg. I° 30, l. 22 §. 3 D. ad SC. Treb. 36. 1. Man pflegt diesen Satz auch wohl so auszudrücken: der Schuldner haftet nicht für Zufall (vgl. l. 23 D. de R. I. 50. 17); aber damit ist nichts Neues gesagt, sondern eben nur das Negative, daß der Schuldner nicht haftet, wenn ihn in Betreff der Unmöglichkeit keine Schuld trifft. Ueber den Sinn, in welchem die Quellen von „casus" reden, s. Mommsen S. 241—247. Unbrauchbar und in dieser Allgemeinheit unrichtig ist die Regel: casum sentit dominus. Wächter Arch. f. civ. Pr. XV S. 117—138, Mommsen S. 247—252. Ueber die

statt des Leistungsgegenstandes gegeben hat[6]. Trifft dagegen den Schuldner eine Schuld, so ist er zur Leistung eines Geldäquivalentes, und zwar näher zur Leistung des Interesse des Gläubigers (§. 257) verpflichtet[7], kann aber auch seinerseits Abtretung der Ansprüche verlangen, welche dem Gläubiger in Betreff des zu leistenden Gegenstandes zustehen[8].

Stellen, auf welche man diese Regel gestützt hat, vgl. namentlich den Letzteren S. 250 Note 32.

[6] L. 1 §. 47 l. 2 D. dep. 16. 3, §. 3 i. f. I. de emt. 3. 23, l. 35 §. 4 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21. i. f. D. de her. vel act. vend. 18. 4, l. 13 §. 12. 17 D. de A. E. V. 19. 1, l. 14 pr. D. de furt. 47. 2. Kein Widerspruch liegt, wie Mommsen S. 289 glaubt, in l. 83 §. 5 D. de V. O. 45. 1, l. 98 §. 8 D. de sol. 46. 3. — Zu dem, was der Schuldner statt des zu leistenden Gegenstandes hat, gehört auch die Versicherungssumme; vgl. namentlich l. 13 §. 12 D. de A. E. V. cit. vv. *damni forte infecti*. Lippmann Jahrb. f. Dogm. VII. 2, Kuntze bei Holzschuher III S. 825. 826. Vgl. aber auch Mommsen S. 118 fg., Ihering Jahrb. f. Dogm. III S. 472—474.

[7] Das dabei stattfindende rechtliche Verhältniß ist nicht etwa so zu denken daß das bisher bestandene Forderungsrecht durch die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung untergegangen, zugleich aber durch die Verschuldung des Schuldners ein anderes Forderungsrecht gegen denselben begründet worden sei. Sondern das jetzt vorhandene Forderungsrecht ist das alte, was sich darin praktisch erweist, daß alle für das alte Forderungsrecht geltenden rechtlichen Bestimmtheiten fortdauern, z. B. Pfand, Bürgschaft, Concursprivilegium, Verzug, Uebergang auf die Erben rc. Auch in dem Gegenstand des Forderungsrechtes hat sich, wenn die Unmöglichkeit bloß eine subjective ist, rechtlich nichts geändert; verpflichtet ist der Schuldner nach wie vor zu der ursprünglichen Leistung, und daß ein Geldäquivalent von ihm eingetrieben wird, ist nur Nothbehelf. Ist freilich die Unmöglichkeit eine objective, so kann das Forderungsrecht auf die ursprüngliche Leistung ebenso wenig fortbestehen, wie es darauf bei dem jetzt vorhandenen Zustand hätte entstehen können; es besteht nur mit verändertem Gegenstand fort. Doch hat die Erwägung, daß der Umfang dieses Gegenstandes, der Betrag des zu leistenden Interesse, erst bestimmt werden muß, die ältere römische Jurisprudenz zu der Auffassung geführt, daß auch bei objectiver Unmöglichkeit einstweilen noch immer der ursprüngliche Gegenstand der Obligation geschuldet werde. S. namentlich l. 91 §. 3. 6 D. de V. O. 45. 1, auch l. 95 pr. D. de sol. 45. 3; aber auch l. 31 §. 11 D. de aed. ed. 21. 1, Paul. R. S. V. 7 §. 4. Vgl. Mommsen a. a. O. S. 229 fg. und Beiträge III S. 413, Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 212 fg., Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 178 fg.

[8] L. 25 §. 8 l. 60 §. 2 D loc. 19. 2, l. 12 D. de re iud. 42. 1 (§. 327 Note 12). Vgl. l. 63. 69 D. de R. V. 6. 1 (§. 337 Note 1).

Verschuldung*

§. 265.

Die Frage, wann man sagen könne, daß dem Schuldner in Betreff der eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung eine Schuld zur Last falle, ist nicht für alle Forderungsrechte in gleicher Weise beantwortet. Der Gegensatz, um welchen es sich hier handelt, ist im Allgemeinen der, ob dem Schuldner bloß die Arglist[1], d. h. die willentliche Herbeiführung der Unmöglichkeit, oder auch die Nachlässigkeit[2], d. h. der Mangel an der gehörigen Willensanstrengung, um die Unmöglichkeit zu vermeiden[3], zur Schuld angerechnet wird.

1. Wegen Arglist haftet der Schuldner bei allen Forderungsrechten[4]. Das Gegentheil kann nicht einmal ausgemacht werden[5].

2. Ebenso haftet der Schuldner bei allen Forderungsrechten wegen grober Nachlässigkeit[6], d. h. wegen einer Nachlässigkeit, die so weit geht, daß sie in die Arglist überschlägt[7].

---

* Vgl. I §. 101 und die daselbst bei * und in Note 5 citirten Schriftsteller. Außerdem Unterholzner I §. 133—137.

§. 265. [1] Dolus. Daß die Quellen diesen Ausdruck da scheuen, wo das Motiv der Handlung kein unsitttliches ist, ist bereits I §. 101 Nóte 6 bemerkt worden (wo aber das Citat aus Hasse zu lesen ist: S. 75—79).

[2] Die technische Bezeichnung der Quellen für Nachlässigkeit ist „culpa", obgleich das Wort auch in dem Sinne von „Schuld überhaupt" vorkommt. S. I §. 101 Note 7. Den Gegensatz zur culpa im technischen Sinne bezeichnet der Ausdruck diligentia. Eine besondere Art der diligentia bildet die custodia; custodia ist die auf Schutz einer Sache gerichtete diligentia. Die Quellen sagen übrigens sowohl culpam praestare, als diligentiam praestare, custodiam praestare. Sie häufen auch wohl die Ausdrücke culpa und diligentia, culpa und custodia, diligentia und custodia. Hasse §. 38. 54—55. 76—78. 87—90. Vgl. aber auch §. 384 Note 6.

[3] Dieser Mangel kann sich sowohl in einem Thun, als in einem Unterlassen bethätigen (culpa in faciendo, in non faciendo). S. l. 91 pr. D. de O. 45. 1 und Hasse §. 27—34.

[4] Die Verpflichtung zu einer Leistung schließt mit Nothwendigkeit die Verpflichtung ein, die Leistung nicht willentlich unmöglich zu machen.

[5] L. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 27 §. 3 D. de pactis 2. 14, l. 17 pr. D. comm. 13. 6, l. 1 §. 7 D. dep. 16. 3, l. 6 §. 9 D. de A. E. V. 19. 1. Seuff. Arch. XVI. 27.

[6] Die technische Bezeichnung der Quellen ist „lata culpa". Vgl. Hasse §. 21—23.

[7] L. 213 §. 2 D. de V. S. 50. 16. „Lata culpa est nimia negligentia,

3. Auch die gewöhnliche Nachlässigkeit, d. h. ein Benehmen, welches unterhalb des Maßes der Sorgfalt bleibt, die ein ordentlicher Mann aufzuwenden pflegt[8], schlägt in die Arglist dann über, wenn der Schuldner in eigenen Angelegenheiten sorgfältiger zu sein pflegt[9]. Daher wird auch wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit in dem bezeichneten Falle von jedem Schuldner gehaftet[10].

---

i. e. non intelligere, quod omnes intelligunt". L. 223 pr. eod: „Latae culpae finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt". Wenn der Schuldner sich auf eine Nachlässigkeit dieser Art beruft, so kann ihm gar nicht geglaubt werden, daß er bloß nachlässig gewesen sei; sollte er sich aber auch wirklich die Folgen seiner Handlung nicht klar gemacht haben, so ist doch der hierin liegende Willensfehler kaum ein geringerer, als der Fehler des auf das Unrecht geradezu gerichteten Willens. Daher heißt es auch von einer solchen Nachlässigkeit „prope dolum est" (l. 29 pr. D. mand. 17. 1), „dolo comparabitur" (l. 1 §. 1 D. si mens. 11. 6), oder geradezu „dolus est" (l. 226 D. de V. S. 50. 16, l. 32 D. dep. 16. 3). Vgl. außerdem l. 8 pr. D. de edendo 2. 13, l. 2 §. 5 D. de her. vend. 18. 4, l. 5 §. 15 D. ut in poss. 36. 4, l. 8 §. 3 D. de prec. 43. 26, l. 1 §. 2 D. si is qui test. 47. 4. — Mommsen Beitr. III S. 347 fg. hat es versucht, diese Art der Nachlässigkeit auf den Begriff des unentschuldbaren Irrthums zurückzuführen. Dawider Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 278—280.

[8] S. I §. 101 Note 8 und vgl. noch Mommsen a. a. O. S. 360—373 und dazu Windscheid a. a. O. S. 281. Der hier gebrauchte Ausdruck „gewöhnliche Nachlässigkeit" soll den quellenmäßigen Ausdruck „levis culpa" wiedergeben. Mit diesem letzteren Ausdruck soll nicht etwa ein besonders leichter Grad der Nachlässigkeit bezeichnet werden, sondern eben nur, daß die Nachlässigkeit nicht lata culpa ist; der Begriff der levis culpa ist ein rein negativer. Die Quellen bezeichnen übrigens die levis culpa gewöhnlich als culpa schlechthin; wenn gesagt wird, daß Jemand nicht bloß wegen dolus, sondern auch wegen culpa hafte, so heißt das, daß er auch wegen levis culpa hafte, während die Haftung wegen lata culpa als selbstverständlich vorausgesetzt wird. Hasse §. 43.

[9] L. 32 D. dep. 16. 3 . . . „Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret". S. auch l. 22 §. 3 D. ad SC. Treb. 36. 1. Die Annahme, daß die von dem Schuldner in eigenen Angelegenheiten vermiedene levis culpa ebenfalls lata culpa genannt werde, findet in diesen Stellen keine Rechtfertigung. Vgl. Hasse S. 171. 195—209.

[10] Mommsen Beitr. III S. 377 fg. will die Regel so gestellt wissen, daß der Schuldner nur bei absichtlicher Zurücksetzung der fremden Angelegenheiten hafte. S. dagegen Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 281 fg.

4. Abgesehen von diesem Fall bildet die Verhaftung wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit nur die Regel; diese Regel erleidet aber Ausnahmen[11]. Namentlich tritt eine Ausnahme da ein, wo das Verhältniß, aus welchem das Forderungsrecht erwachsen ist, lediglich zum Vortheil des Gläubigers gereicht[12], obgleich doch auch diese Ausnahme wieder nicht strenge durchgeführt wird[13].

5. Bei einigen der Forderungsrechte, bei welchen Verhaftung wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit stattfindet, wird dem Schuldner die Entschuldigung gestattet, daß er in eigenen Angelegenheiten nicht sorgfältiger zu sein pflege[14]. Man kann das so ausdrücken: der Schuldner hafte nur für relative Sorgfalt[15].

---

[11] Hasse §. 92—99b, Bethmann-Hollweg in dem Anh. IV zu Hasse's Schrift S. 553—579, Mommsen Beitr. III S. 391—406, Ihering das Schuldmoment im römischen Privatrecht S. 53—54. Vgl. auch Brinz S. 594.

[12] L. 5 §. 2 D. comm. 13. 6, l. 17 §. 2 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 108 §. 12 D. de leg. I° 30; l. 23 D. de R. I. 50. 17 (Hasse S. 224 Note 2, Huschke Rhein. Mus. VII S. 74).

[13] So namentlich nicht in allen den Fällen, wo der unmittelbare Inhalt des Forderungsrechtes der ist, daß Jemand im Interesse eines Andern thätig werden soll, bei Auftrag, Geschäftsführung, Vormundschaft ꝛc. Vgl. §. 410 Note 4. — Der Stipulationsschuldner haftete für culpa in faciendo, nicht für culpa in non faciendo, l. 91 pr. D. de V. O. 45. 1. D. h. das römische Recht ist der Ansicht, daß aus dem Forderungsrecht als solchem sich wohl die Verpflichtung zur Vermeidung einer fahrlässigen Thätigkeit ergebe, nicht aber die Verpflichtung zur Vermeidung einer fahrlässigen Unterlassung. A. M. Bethmann-Hollweg in dem in Note 11 citirten Aufsatz, welcher aus dem Forderungsrecht als solchem die Verpflichtung zur Vermeidung einer jeden Fahrlässigkeit herleitet, und in der Entscheidung der l. 91 pr. cit. nur einen Einfluß der Formelconception sieht. S. auch Brinz S. 592.

[14] Hasse §. 39—42, Mommsen Beitr. III S. 374—390 und dazu Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 281—284.

[15] Andere heutzutage gebrauchte Bezeichnungen sind: der Schuldner hafte für diligentia quam suis (sc. rebus adhibere solet), — so auch die Quellen, vgl. z. B. l. 25 §. 16 D. fam. herc. 10. 2, l. 72 pr. D. pro soc. 17. 2, l. 17 pr. D. de I. D. 23. 3; oder, der Schuldner hafte für culpa levis in concreto. — Das Einstehen für relative Sorgfalt ist eine Milderung der Haftung wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit; daher braucht, wer für relative Sorgfalt einsteht, nie Mehr zu leisten, als die Sorgfalt eines ordentlichen Mannes. Hasse §. 41.

6. Was den Beweis angeht[16], so ist es die Pflicht des Schuldners, welcher sich auf die Unmöglichkeit der Leistung beruft, die Umstände darzulegen und nachzuweisen, unter welchen die Unmöglichkeit eingetreten ist, und der Richter hat dann auf Grund dieser Umstände zu erwägen, ob den Schuldner eine Schuld der Art trifft, wie sie zu seiner Verurtheilung erfordert wird[17]. Muß der Richter zu diesem Ende eine Vergleichung des vorliegenden Verhaltens des Schuldners mit dessen gewöhnlichem Verhalten anstellen[18], so liegt der Nachweis der Art und Weise dieses Verhaltens in dem in Nr. 3 genannten Fall dem Gläubiger ob, dagegen in dem in Nr. 5 genannten Fall dem Schuldner[19].

---

[16] Hasse §. 57. 74, Mommsen a. a. O. S. 390, Windscheid a. a. O. S. 283; Weber Verbindlichkeit zur Beweisführ. Nr. VI §. 21—25, H. Gerber Beitr. zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast S. 68—80, Maxen über Beweislast rc. S. 179—190, Sintenis II S. 340—343, Wächter II §. 113, Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. III S. 82. Seuff. Arch. I. 338 (VII. 31), I. 168, IV. 113. 114, V. 306, VII. 225. 310. X. 41, XI. 237, XIII. 225.

[17] Die Sache liegt processualisch so. Der Kläger beruft sich auf sein Forderungsrecht, und weist die Entstehung desselben nach. Der Beklagte setzt entgegen, daß dieses Forderungsrecht durch die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung untergegangen sei. Aber nicht jede irgendwie eingetretene Unmöglichkeit der Leistung vernichtet das Forderungsrecht; daher muß der Beklagte darthun, daß die Unmöglichkeit in der erforderlichen Weise eingetreten sei. Er muß diesen Beweis auch dann führen, wenn er bloß für Arglist haftet; die Behauptung, daß der Gläubiger das Dasein der Arglist des Schuldners erweisen müsse, läßt sich nicht rechtfertigen. Auf l. 18 §. 1 D. de prob. 22. 3 darf man sich nicht berufen; denn der Kläger braucht die Arglist des Gegners nicht zu behaupten. Vgl. auch l. 1 §. 16 D. dep. 16. 3 und Wächter a. a. O. Note 3. Die Beweispflicht des Beklagten, welcher auch für Nachlässigkeit haftet, ist anerkannt in l. 9 §. 4 D. loc. 19. 2, l. 5 C. de pign. act. 4. 24.

[18] Die Art und Weise des Verhaltens eines ordentlichen Mannes bildet nicht den Gegenstand des Beweises der Parteien; sie gehört zum Recht, welches der Richter wissen muß.

[19] In beiden Fällen wird vorausgesetzt, daß aus den feststehenden Umständen sich Nachlässigkeit ergebe; denn ergibt sich aus denselben Arglist, so ist der Schuldner ohne Weiteres zu verurtheilen; ergibt sich aus denselben Abwesenheit aller Nachlässigkeit, so ist er ohne Weiteres freizusprechen. Im ersten Falle nun ist die Nachlässigkeit an und für sich Befreiungsgrund, und

D. Zahlungsunfähigkeit und Concurs.

1. Zahlungsunfähigkeit.

§. 266.

Daß das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht, hat auf den rechtlichen Bestand der Forderung keinen Einfluß[1]; der Schuldner muß, was er jetzt nicht zu leisten vermag, nachleisten, sobald er zu neuem Vermögen gelangt ist.

Wo particularrechtlich in Folge der Zahlungsunfähigkeit Schuldhaft oder Ehrenminderung eintritt[2], kann der Schuldner diesen Nachtheilen durch freiwillige Abtretung seines Vermögens an den oder die Gläubiger[3] entgehen[4]. Jedoch wird zur Vermögensabtretung nur derjenige Schuldner zugelassen, welcher ohne seine Schuld in Vermögensverfall gerathen ist[5].

---

nur dann Befreiungsgrund nicht, wenn sie größer ist, als die gewöhnliche des Schuldners. Im zweiten Fall ist die Nachlässigkeit an und für sich Befreiungsgrund nicht, Befreiungsgrund nur dann, wenn die gewöhnliche des Schuldners gleich groß ist. — Die richtige Unterscheidung zwischen den unter Nr. 3 und 5 bezeichneten Fällen ist ohne Zweifel der schwierigste Punkt in der Lehre von der culpa. In anderer Weise stellt die Unterscheidung Mommsen (s. darüber Note 10), während Brinz S. 593 nach dem Vorgang des Donellus den Unterschied wieder ganz leugnet.

§. 266. [1] Martial (II. 3) spottet:

Sexte, nihil debes. Nil debes, Sexte, fatemur.
Debet enim, si quis solvere, Sexte, potest.

[2] Wie dieß nach römischem Rechte der Fall war (s. die Stellen in der Note 4). Ueber die heutige Geltung der Schuldhaft s. namentlich Wetzell Civilproc. §. 50. I. 2.

[3] Cessio bonorum. Dig. 42. 3 de cessione bonorum. Cod. 7. 71 qui bonis cedere possunt. Unterholzner I §. 175, Sintenis II §. 159—160, Holzschuher III §. 232 Nr. 1—3.

[4] L. 1 l. 8 C. h. t., l. 11 C. ex quib. caus. inf. 2. 12.

[5] Diese Beschränkung ist ausdrücklich anerkannt in l. 1 C. Th. qui bonis 4. 20, während sie in der Justinianischen Compilation nicht erwähnt wird. Aber daß sie in derselben vorausgesetzt werde, läßt sich mit Fug nicht bezweifeln. S. l. 8 pr. C. h. t. und Bethmann-Hollweg Handb. des Civilpr. I S. 345, Wetzell a. a. O. Note 47. Für das heutige Recht vgl. auch die

Rechtswohlthat des Nothbedarfs*.

§. 267.

Nicht in allen Fällen ist der Gläubiger befugt, das ganze Vermögen des Schuldners zu seiner Befriedigung wegzunehmen; in gewissen Fällen genießt der Schuldner die Rechtswohlthat, zurückbehalten zu dürfen, wie viel er zur Nothdurft des Lebens bedarf[1]. Diese Rechtswohlthat steht zu[2]:

Fortsetzung des Reichsabschieds-Anfangs von 1671 Nr. 10 (Emminghaus S. 513). A. M. Holzschuher a. a. O. Nr. 1. Seuff. Arch. XIV. 88, XIX. 207.

* Holtius in der Bibliothèque du Jurisconsulte et du Publiciste I p. 389—405 (1826), wiederholt in dessen Abhandlungen, übersetzt von Sutro, Nr. 5. Francke Arch. f. civ. Pr. XXIII. 14 (1840). Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 13 (1841). Unterholzner I §. 181—182, Sintenis II S. 160—166, Vangerow I §. 174 Anm. 1 u. 2, Holzschuher III §. 231.

[1] Die bei den Neueren hergebrachte Bezeichnung für diese Rechtswohlthat §. 267.
ist „beneficium competentiae". Die Quellen bezeichnen sie als Rechtswohlthat der Verurtheilung in id quod facere debitor potest, quatenus facere debitor potest. Mit diesem Ausdruck soll zunächst nichts Anderes bezeichnet werden, als daß der Schuldner nur auf den Betrag seines Vermögens verurtheilt werden dürfe, vgl. namentlich l. 82 D. ad leg. Falc. 35. 2, §. 37 I. de act. 4. 6, l. 49 D. de pactis 2. 14, l. 21 D. de re iud. 42. 1, auch Theoph. IV. 6 §. 37. Für die Römer lag eine Wohlthat hierin insofern, als der Schuldner, weil er nicht zahlungsunfähig gemacht werden konnte, auch den Nachtheilen der Zahlungsunfähigkeit nicht verfiel. Eine liberalere Interpretation hat aber später (dieses „später" leugnet Unterholzner §. 181. d) das facere posse von einem Leistenkönnen ohne Mangel verstanden (l. 19 §. 1 D. de re iud. 42. 1, l. 173 pr. D. de R. I. 50. 17). Dadurch ist der ursprüngliche Inhalt der Rechtswohlthat überholt und überflüssig gemacht worden. — Andere nehmen auch für das neueste Recht noch einen doppelten Inhalt der Rechtswohlthat an. Dieselbe gebe: 1) dem Urtheile gegenüber die Befugniß, zu verlangen, daß man nicht über den Betrag des Vermögens verurtheilt werde; 2) der Execution gegenüber die Befugniß, zu verlangen, daß Einem der Nothbedarf gelassen werde. Dagegen spricht l. 173 pr. D. de R. I. 50. 17 („in *condemnatione* . . . non totum . . extorquendum est"). S. namentlich Francke S. 388—397, Vangerow Anm. 1; auch Arndts §. 225 Note 1. Vgl. übrigens auch unten §. 268 Note 5.

[2] Im Folgenden sind nur die Fälle genannt, in welchen die Rechtswohlthat nach gesetzlicher Regel zusteht; daß sie auch durch Vertrag begründet werden kann, versteht sich von selbst. S. l. 49 D. de pactis 2. 14.

1) Soldaten gegen alle Forderungen[3];

2) Ascendenten gegen die Forderungen ihrer Descendenten[4];

3) dem Ehegatten gegen die Forderungen des anderen Ehegatten[5], — dem Ehemann auch gegen die Forderung aus der Beerdigung der Ehefrau[6];

4) Personen, welche erst kürzlich aus der väterlichen Gewalt ausgetreten sind, ohne dabei einen beträchtlichen Theil des väterlichen Vermögens erhalten zu haben, gegen die aus der Zeit der väterlichen Gewalt herrührenden Forderungen, mit Ausnahme der Delictsforderungen[7];

5) Personen, welche ihren Gläubigern ihr Vermögen abgetreten haben, gegen die aus der Zeit vor der Vermögensabtretung herrührenden Forderungen[8];

6) dem Gesellschafter gegen die Gesellschaftsforderung[9];

---

[3] L. 6 pr. l. 18 D. de re iud. 42. 1. Vgl. Holzschuher a. a. O. Nr. 4.

[4] §. 38 I. de act. 4. 6, l. 54 D. sol. matr. 24. 3, l. 16 D. de re iud. 42. 1.

[5] L. 20 D. de re iud. 42. 1. Die Behauptung, daß die Rechtswohlthat auch nach Beendigung der Ehe in Betreff der aus der Zeit der Ehe herrührenden Forderungen fortdauere (Vangerow Anm. 2 Nr. 2), läßt sich nicht rechtfertigen. Ein Grund dafür läßt sich auch nicht daraus entnehmen, daß dem Manne die Rechtswohlthat gegen den Dotalanspruch zusteht (Nr. 8); denn dieser Anspruch rührt nicht bloß aus der Zeit der Ehe her, sondern hat auch seinen Grund in der Ehe. Vgl. l. 52 D. de re iud. 42. 1.

[6] L. 27 §. 2 l. 28 D. de rel. 11. 7. A. M. Puchta §. 245. aa.

[7] L. 2—7 D. quod cum eo 14. 5, l. 37 §. 2 D. de adm. et per. 26. 7, l. 49 D. de re iud. 42. 1 Unterholzner §. 181. q, Vangerow Anm. 2 Nr. 9, Dietzel SC. Macedonianum S. 13—16.

[8] §. 40 I. de act. 4. 6, l. 4 pr. l. 6. 7 D. de cess. bon. 42. 3, l. 3 C. de bon. auct. iud. 7. 72. Wegen l. 4 §. 1 D. de cess. bon. hat man behauptet, daß die Rechtswohlthat auch gegen die nach der Vermögensabtretung entstandenen Forderungen begründet sei (Thibaut civ. Abhandl. Nr. 16). Aber 1) ist es nicht nothwendig, diese Stelle von den später entstandenen Forderungen zu verstehen (Unterholzner §. 181. u, Puchta §. 245. v). 2) Ist sie von denselben zu verstehen, so ist es erlaubt, in ihr eine historische Notiz zu sehen, und dadurch den Widerspruch namentlich mit §. 40 I. cit. zu vermeiden. 3) Ist ein Widerspruch vorhanden, so heben sich beide Stellen auf, und es liegt für die behauptete Ausdehnung kein Beweis vor. Seuff. Arch. III. 253, VI. 127, VIII. 106, XII. 332, XIV. 88. Holzschuher a. a. O. Nr. 10; vgl. auch noch dens. Nr. 8.

[9] Der §. 38 I. de act. 4. 6 gibt die Rechtswohlthat dem Gesellschafter

7) dem Schenker gegen die Schenkungsforderung[10];

8) dem gewesenen Ehemann, seinen Kindern aus derselben Ehe und seinem Vater, gegen die gesetzliche Forderung auf Herausgabe der Dos[11];

9) der Ehefrau[12] und dem Schwiegervater gegen die Forderung auf Leistung einer versprochenen Dos, — dem Schwiegervater jedoch unbedingt nur dann, wenn er während bestehender Ehe belangt wird[13].[14]

überhaupt, l. 63 pr. D. pro socio 17. 2 ausdrücklich auch dem „socius unius rei", während l. 16 D. de re iud. 42. 1 sie auf den „socius omnium bonorum" beschränkt. Ich glaube nicht, daß der Widerspruch der zuletzt genannten Stellen zu beseitigen ist; ich nehme daher an, daß sie sich gegenseitig aufheben, und nur die allgemeine Verfügung des §. 38 cit. übrig bleibt. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Glück XV S. 426 fg., Gans Arch. f. civ. Pr. II. 21, Gensler das. II. 22, Neustetel das. II. 33 (S. 343), Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 9, Fritz Erläut. II S. 118—120, Unterholzner I §. 181. o, Vangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 7, Holzschuher a. a. O. Nr. 1. Der neueste Vereinigungsversuch ist von Reuter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XXI. 1 (1864).

[10] L. 33 D. de I. D. 23. 3, l. 33 pr. D. de don. 39. 5, l. 19 §. 1 D de re iud. 42. 1.

[11] §. 37 I. de act. 4. 6, l. 12 l. 14 pr. l. 15 §. 2 l. 16. 17 §. 2 l. 18 pr. D. sol. matr. 24. 3, l. 21 D. de re iud. 42. 1, l. un. §. 7 C. de rei ux. act. 5. 13. Daß die Rechtswohlthat nicht bloß der Frau sondern auch ihren Erben gegenüber zusteht, folgt aus der zuletzt genannten Stelle, und sagt ausdrücklich l. 27 D. sol. matr. 24. 3. — Ohne allen Zweifel ist dem Manne die Rechtswohlthat auch gegen jede andere ihn nach heutigem Particularrechte in seiner Eigenschaft als Ehemann treffende Verpflichtung zur Herausgabe von Vermögen zuzugestehen. Vgl. l. 52 D. de re iud. 42. 1.

[12] Gewiß während bestehender Ehe, nach der allgemeinen Regel in Nr. 3; aber auch nach aufgelöster Ehe, nach dem allgemeinen Ausspruch der l. 17 §. 1 D. sol. matr. 24. 3.

[13] L. 17 pr. D. sol. matr. 24. 3, l. 21. 22 pr. D. de re iud. 42. 1, l. 84 D. de I. D. 23. 3. L. 84 cit.: — „si diremto matrimonio petitur, ex causa et persona id tribuendum puto. Quid enim, si socer specie futurae dotis induxerit generum, et cum sciret, se praestare dotem non posse, id egerit, ut genero insidiaretur"? — Auch dem extraneus promissor gibt die Rechtswohlthat l. 33 D. de I. D. 23. 3, während sie ihm ausdrücklich abgesprochen wird in l. 84 eod., l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1. Bei dem Widerspruch dieser Stellen muß man sagen, daß für diese Ausdehnung der Rechtswohlthat kein Zeugniß vorliege. Ueber Vereinigungsversuche s. v. Meyerfeld Rhein. Mus. VII S. 111 fg., Sintenis I §. 91 Anm. 67, Vangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 3, v. Salpius Novation u. Delegation S. 111.

§. 268.

Derjenige, welchem diese Rechtswohlthat zusteht, kann verlangen, daß ihm das zum Leben, nicht aber, daß ihm das zum standesmäßigen Leben Erforderliche gelassen werde[1]. Dabei kann er anderweitige Schulden, welche er hat, nicht in Abzug bringen, mit Ausnahme des Schenkers[2]. Gesehen wird auf den Zustand des Vermögens zur Zeit, wo die Rechtswohlthat in Anspruch genommen wird[3], und mitgerechnet wird, was der Schuldner arglistiger Weise aus seinem Vermögen verbracht hat[4].

in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerunt.

[14] Ohne Grund ist, besonders in früherer Zeit, behauptet worden, daß die Rechtswohlthat noch in einer Reihe von anderen Fällen außer den hier genannten begründet sei, so namentlich zu Gunsten der Descendenten, zu Gunsten der Geschwister (wegen l. 63 D. pro soc. 17. 2), zu Gunsten des Schwiegervaters (wegen l. 16 D. sol. matr. 24. 3), ex iure tertii (wenn der Schuldner aus den Mitteln eines Dritten lebt). Vgl. über diese und andere Fälle Vangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 1. 3 u. S. 294—296, Holzschuher a. a. Nr. 3 und S. 232 Note *.

§. 268. [1] — „ne egeant", l. 173 D. de R. I. 50. 17; ebenso l. 19 §. 1 D. de re iud. 42. 1. L. 30 eod.: — „ita ut ... aliquid sufficiens relinquatur". L. 6 D. de cess. bon. 42. 3: — „unde ergo modum hunc aestimabimus, utrum ex quantitate eius quod acquisitum est, an ex qualitate? Et putem, ex quantitate id aestimandum esse . . .". L. 7 eod., l. 3 C. de bon. auct. iud. 7. 72. Holzschuher a. a. O. Nr. 5. Es ist keiner Frage unterworfen, daß der Nothbedarf des Schuldners sich auch auf die Bedürfnisse seiner Frau und seiner Kinder erstrecke. Für standesmäßigen Unterhalt das Urtheil des OAG. zu Rostock bei Buchka und Budde Entscheidungen IV S. 95.

[2] L. 53. 54. D. sol. matr. 24. 3, l. 12 D. de don. 39. 5, l. 16 l. 19 pr. l. 49. 50 D. de re iud. 42. 1. Kein Widerspruch liegt in l. 3 D. quod cum eo 14. 5, wo die Worte „nisi si quis privilegiarius etc." nur sagen wollen, daß der privilegiarius dem Befriedigten das, was er erhalten habe, wieder abnehmen könne. A. M. Unterholzner S. 388, der noch eine fernere Ausnahme für den Fall der Vermögensabtretung annimmt. Vgl. übrigens noch Holzschuher a. a. O. Nr. 9.

[3] Also auf die Zeit des Urtheils, wenn die Rechtswohlthat dem Urtheil, auf die Zeit der Execution, wenn sie der Execution gegenüber in Anspruch genommen wird. Nur von der Zeit des Urtheils sprechen l. 63 §. 6 D. pro soc. 17. 2, l. 15 pr. D. sol. matr. 24. 3.

[4] L. 18 §. 1 D. sol. matr. 24. 3, l. 63 pr. §. 7 D. pro soc. 17. 2, l. 68 §. 1 eod., l. 51 pr. D. de re iud. 42. 1.

— Geltend gemacht wird die Rechtswohlthat durch Einrede gegen die Forderung des Gläubigers[4a], welche Einrede aber nicht bloß im Laufe des Proceßes[5], sondern auch noch in der Executionsinstanz vorgebracht werden kann[6]. Dagegen kann das einmal Geleistete nicht mehr zurückgefordert werden[7]. — Die Rechtswohlthat ist höchst persönlicher Natur, und geht daher weder auf die Erben über, noch kann sie von dem Bürgen oder von anderen Personen, welche für den Schuldner haften, geltend gemacht werden[8]. — Sie fällt aus gegenüber Delictsansprüchen, und wenn den Schuldner der Vorwurf der Arglist trifft[9]. Verzicht auf dieselbe ist nur insofern wirksam, als nicht eine sittliche Pflicht zur Schonung des Schuldners besteht[10]. — Es versteht

---

[4a] Nicht durch Replik gegen die Gegenforderung: Seuff. Arch. XII. 111, XIX. 288.

[5] Die Berufung auf die Rechtswohlthat der Klage gegenüber wird exceptio genannt in l. 63 §. 2 D. pro socio 17. 2, l. 17 §. 1 D. sol. matr. 24. 3, l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1, l. 7 pr. D. de exc. 44. 1, l. 33 D. de nov. 46. 2. Vgl. l. 22 pr. D. de exc. 44. 1. „Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo *minuit* damnationem". Vgl. Keller röm. Civilproc. S. 143—145 (3. Aufl. S. 146—148). — Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV S. 339—341 ist der Meinung, daß nach heutigem Proceßrecht mit der Einrede nicht mehr Minderung der Urtheilssumme, sondern nur ein Vorbehalt in Betreff der Execution erreicht werde. Auch ich glaube, daß der Richter zu diesem Verfahren befugt ist, da damit den Interessen des Beklagten vollkommen Genüge geschieht, ohne daß der Kläger zur Anstellung eines neuen Processes genöthigt wird. S. auch Francke a. a. O. S. 403.

[6] L. 17 §. 2 D. sol. matr. 24. 3, l. 33 pr. D. de don. 39. 5, l. 41 §. 2 D. de re iud. 42. 1. Seuff. Arch. I. 395.

[7] L. 8. 9 D. de cond. ind. 12. 6.

[8] L. 63 §. 1. 2 D. pro socio 17. 2, l. 23—25 l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1, l. 7 pr. D. de exc. 44. 1, l. 4 §. 3 D. quod cum eo 14. 5, l. 12. 13. 14 pr. l. 15 §. 1 D. sol. matr. 24. 3, §. 4 I. de repl. 4. 14. Holzschuher a. a. O. Nr. 7.

[9] L. 4 §. 1. 2 D. quod cum eo 14. 5, l. 10 l. 22 §. 1 l. 52 D. de re iud. 42. 1, l. 21 §. 6 D. de act. rer. am. 25. 1, l. un. §. 7 C. de rei ux. act. 5. 13. Vgl. auch noch Holzschuher a. a. O. Nr. 6.

[10] Eine solche sittliche Pflicht besteht namentlich zwischen Ehegatten, und hier ist die Ungültigkeit des Verzichtes ausdrücklich anerkannt (l. 14 §. 1 D. sol. matr. 24. 3). Aber sie besteht in gleicher Weise auch zwischen Ascendenten und Descendenten. Den Verzicht hält in allen Fällen für unverbindlich Sintenis a. a. O. 318—320.

sich von selbst, daß, wenn der Schuldner neues Vermögen erwirbt, er nachleisten muß, was er schuldig geblieben ist[11].

2. Concurs*.

§. 269.

Wenn der zahlungsunfähige Schuldner mehrere Gläubiger hat, so bleibt es jedem derselben überlassen, sich Befriedigung zu verschaffen, wie er kann; der Ausfall trifft also denjenigen, welcher sich meldet, wenn kein Vermögen mehr vorhanden ist[1]. Dieses Verhältniß ändert sich aber, sobald über das Vermögen des Schuldners Concurs eröffnet ist, was durch eine gerichtliche Verfügung geschieht[2]. Die Bedeutung des Concurses ist die, daß das Vermögen des Schuldners durch richterliche Autorität unter die einzelnen sich meldenden Gläubiger vertheilt wird, und in

---

[11] L. 8 C. sol. matr. 5. 18. Die Rechtswohlthat afficirt nicht den rechtlichen Bestand des Forderungsrechtes, sondern schiebt nur die Vollstreckbarkeit desselben oder die volle Vollstreckbarkeit desselben einstweilen hinaus. Vgl. l. 47 §. 2 D. de pec. 15. 1: — „socius universum debet". Deßwegen darf man auch nicht die Verbindlichkeit des Schuldners dieser Rechtswohlthat gegenüber eine bloß natürliche Verbindlichkeit nennen. Savigny Obl. I S. 105, Erxleben condictiones sine causa I S. 110. 111. — Im älteren römischen Recht stellte der Nachforderung die processualische Consumtion Schwierigkeit entgegen. Ein Mittel, dieser Schwierigkeit zu begegnen, war ein von dem Schuldner zu leistendes Versprechen; davon noch l. 47 §. 2 D. de pec. 15. 1, l. 63 §. 4 D. pro soc. 17. 2, l. un. §. 7 C. de rei ux. act. 5. 13. S. aber auch l. 8 C. sol. matr. 5. 18. Vgl. Francke a. a. O. S. 414—427, Sintenis a. a. O. S. 327 fg.

* Dig. 42. 5 de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis. Cod. 7. 72 de bonis auctoritate iudicis possidendis seu venumdandis et de separationibus bonorum. — Gmelin die Ordnung der Gläubiger bei Gantprozessen (5. Aufl. 1813). Unterholzner I §. 183—185, Vangerow III §. 592—594, Sintenis II S. 222—228, Holzschuher III §. 232 Nr. 4—13. S. auch die in Note 4 citirten Schriften von Dabelow Kap. 21, Kori Buch 2, Schweppe §. 67—80.

§. 269. [1] L. 6 §. 6. 7 (Note 3) l. 10 §. 16 l. 24 D. quae in fraud. cred. 42. 8.

[2] Ueber die Ansicht, daß bei freiwilliger Güterabtretung eine richterliche Verfügung nicht erforderlich sei, s. Bayer (Note 4) S. 126 Note 2 S. 130—131. — Nach römischem Recht traten die Wirkungen des Concurses ein, sobald einer der Gläubiger zum Zweck der Execution missio in possessionem bonorum erlangt hatte, l. 6 §. 7 D. quae in fraud. cred. (Note 3).

I. Cl. Leichenkosten, Krankheit, Gesindelohn, öff. Abgaben,
II Cl. Privilegirte Pfandforderungen (Fiscus, Ehefrau, ... in rem versio)
III Cl. Nicht privilegirte Pfandforderungen
IV Cl. privilegirte Forderungen (Concursprivilegien)
V. Cl. nicht privilegirte Forderungen

anderer Weise kein Gläubiger zu seiner Befriedigung gelangen kann[3]. Die für den Concurs maßgebenden processualischen Grundsätze gehören nicht hierher[4]. Hierher gehören nur diejenigen Grundsätze, nach welchen das Vermögen des Schuldners unter die einzelnen Gläubiger vertheilt wird.

§. 270.

Der oberste dieser Grundsätze ist der, daß alle Gläubiger sich gleich stehen, jeder also nach Verhältniß seiner Forderung befriedigt wird[1]. Dieser Grundsatz erleidet jedoch Ausnahmen; ein Vorzugsrecht unter den einzelnen Gläubigern kann begründet werden:

1) durch ein Pfandrecht, mit welchem eine Forderung versehen ist[2], wobei natürlich die privilegirten Pfandrechte (I §. 246) den nicht privilegirten vorgehen[3];

2) durch eine gesetzliche Vorschrift, welche einer Forderung

---

[3] L. 6 §. 7 D. quae in fraud. cred. 42. 8. „Sciendum, Iulianum scribere, eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset".

[4] S. darüber Dabelow ausführliche Erläuterung der Lehre vom Concurse der Gläubiger (2. Aufl. 1801). Kori System des Concursprocesses (2. Aufl. 1828). Schweppe das System des Concurses der Gläubiger (3. Aufl. 1829). v. Bayer Theorie des Concursprocesses (4. Aufl. 1850). In den drei ersten der hier genannten Schriften ist zugleich über die Rangordnung der Gläubiger gehandelt (s. Note *).

[1] L. 6 C. h. t. §. 270.

[2] Der Gläubiger, welcher ein Pfandrecht für seine Forderung nicht hat, wird in den Quellen chirographarius creditor genannt, s. l. 10 C. qui pot. 8. 18 und die in der vorigen Note citirte Stelle; vgl. auch l. 4 C. h. t., l. 38 §. 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5. — Es versteht sich von selbst, daß das Vorzugsrecht der Pfandforderung nicht über das Pfandobject hinausreicht. — Nach römischem Recht brauchten die Pfandgläubiger gar nicht in den Concurs einzutreten, l. 6. 10 C. h. t. Bayer §. 10.

[3] Es wird dieß hier nur deßwegen hervorgehoben, weil es hergebracht ist, aus den Pfandforderungen, je nachdem sie ein Privilegium haben oder nicht, zwei Concursclassen (die zweite und dritte, über die erste s. §. 271 Note 16) zu bilden.

ein Vorzugsrecht im Concurse einräumt (Concursprivilegium)[4]. Von den Concursprivilegien näher im folgenden §.

Der Satz, daß es auch Forderungen gebe, welche anderen Forderungen nachstehen, nämlich die Strafforderungen, läßt sich aus den Quellen nicht begründen[5].

§. 271.

Die Concursprivilegien haben ihren Grund entweder in einer Eigenschaft des Gläubigers, oder in einer Eigenschaft des Forderungsrechtes; die letzteren (Nr. 6—10) gehen auf die Erben und sonstigen Rechtsnachfolger über, nicht die ersteren (Nr. 1—5)[1]. Im Einzelnen steht ein Concursprivilegium zu[2]:

---

[4] Die Quellen bezeichnen das Concursprivilegium als privilegium exigendi. L. 24 §. 1 D. h. t., l. 1 l. 25 D. de R. C. 12. 1, l. 1 D. de cess. bon. 42. 3. In l. 52 §. 10 D. pro soc. 17. 2 heißt es: „exigendo privilegio utetur". A. M. G. M. Asher disquisitiones historicae (Heidelbergae 1855) p. 17 sq., welcher glaubt, daß mit dem Ausdruck privilegium exigendi ein gesetzliches Pfandrecht bezeichnet werde. Seine Ausführung ist nicht überzeugend. — Die Forderungen, welche mit einem Concursprivilegium versehen sind, machen die vierte, die gewöhnlichen chirographarischen Forderungen die fünfte Concursklasse aus.

[5] Diesen Satz stellen z. B. Puchta §. 248 Nr. 1 und Arndts §. 227 Anm. 1 auf. Aber wenn es auch gerechtfertigt ist, aus l. un. C. poen. fiscal. 10. 7, obgleich diese Stelle zunächst nur von fiscalischen Strafforderungen handelt, eine allgemeine Regel für alle Strafforderungen herzuleiten, so wird doch der Inhalt dieser Regel: poenae exactio postponitur (vgl. auch l. 17 D. de I. F. 49. 14) in l. 37 D. de I. F. so bestimmt dahin interpretirt, daß unter dem postponi ein non anteponi zu verstehen sei, daß in der That nichts Anderes übrig bleibt, als den bezeichneten Satz aufzugeben. In letzter Linie müßte jedenfalls gesagt werden, daß bei dem Widerspruch der genannten Stellen kein Zeugniß für denselben vorliege. Vgl. auch Unterholzner §. 183. o, Vangerow §. 594 Anm. Nr. I. 1.

§. 271. [1] L. 68 l. 196 D. de R. I. 50. 17 (I §. 29 Note 5), l. 19 §. 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. un. C. de priv. dotis 7. 74, l. 42 D. de adm. et per. 26. 7.

[2] In manchen Fällen concurrirt mit dem Concursprivilegium ein gesetzliches Pfandrecht. Dieß erklärt sich daraus, daß zuerst das Concursprivilegium verliehen worden ist, später das gesetzliche Pfandrecht. Das gesetzliche Pfandrecht geht aber nicht immer eben so weit, wie das Concursprivilegium, s. Nr. 4. 5. — Derjenige, welcher Geld zur Abfindung eines privilegirten Gläubigers gegeben hat, tritt in Betreff des Concursprivilegiums an dessen Stelle, l. 24 §. 3 D. h. t., l. 2 D. de cess. bon. 42. 3. Vgl. I §. 233[b] Note 16.

1) dem Fiscus[3];
2) dem Landesherrn und seiner Gemahlin[4];
3) den Stadtgemeinden[5];
— allen diesen Personen jedoch mit Ausnahme ihrer Strafforderungen[6]; —
4) der Ehefrau und ihren Kindern, auch der putativen Ehefrau und der Braut, für ihre Dotalforderung[7];
5) dem Bevormundeten für seine Forderung aus der Verwaltung seines Vermögens gegen wahre und falsche Vormünder, sowie gegen bloße Geschäftsführer[8];
6) der Forderung aus einem Darlehen zum Zweck der Wiederherstellung eines Gebäudes, des Ankaufs der Erbauung oder Ausrüstung eines Schiffes, sowie der Forderung aus dem Verkaufe eines Schiffes[9];
7) der Forderung auf verhältnißmäßigen Ersatz der auf ein gemeinschaftliches Gebäude verwendeten Reparaturkosten[10];
8) der Forderung auf Erstattung von Geld, welches bei einem Banquier unverzinslich hinterlegt worden ist[11], — nach einer häufigen Praxis der Forderung aus jeder Hinterlegung[12];

---

[3] L. 10 pr. D. de pactis 2. 14, l. 34 D. h. t., l. 6 pr. D. de I. F. 49. 14, Paul. S. R. V. 12 §. 10.

[4] L. 6 §. 1 D. de I. F. 49. 14.

[5] L. 38 §. 1 D. h. t. Sintenis II §. 94 Note 12.

[6] S. §. 270 Note 5. Die Praxis stellt vielfach den Stadtgemeinden Kirchen, und wohl alle Corporationen gleich. Sintenis §. 94 Note 13. Gmelin weiß davon nichts, vgl. S. 213. 576.

[7] L. un. C. de priv. dotis 7. 74, l. 22 §. ult. D. sol. matr. 24. 3, l. 17 §. 1 l. 18 l. 19 pr. D. h. t., l. 74 D. de I. D. 23. 3. Vgl. l. 12 C. qui pot. 8. 18. Der Uebergang auf die Kinder rechtfertigt sich aus l. 12 cit. §. 1 und Nov. 91 pr. c. 1. Daß kein Uebergang auf die Erben stattfindet, sagt ausdrücklich l. un. cit.

[8] L. 19 §. 1 — l. 23 D. h. t., l. 9 §. 1 l. 42 l. 44 §. 1 D. de adm. et per. 26. 7. Kein Uebergang auf Erben und andere Rechtsnachfolger: l. 19 §. 1 cit., l. 42 cit. Kein Privilegium gegen den curator bonorum: l. 22 §. 1 l. 24 D. h. t. (§. 447 Note 10).

[9] L. 24 §. 1 l. 26 l. 34 D. h. t., l. 25 D. de R. C. 12. 1, l. 1 D. de cess. bon. 42. 3.

[10] L. 52 §. 10 D. pro socio 17. 2.

[11] L. 24 §. 2 D. h. t., l. 7 §. 2. 3 l. 8 D. dep. 16. 3. Vgl. übrigens Sintenis §. 94 Note 31.

9) der Forderung auf Erstattung dessen, was auf die Beerdigung des Schuldners oder eines Andern, den dieser zu beerdigen verpflichtet war, verwendet worden ist[13]; endlich nach der Praxis

10) den durch die letzte Krankheit des Schuldners entstandenen Forderungen, sowie der Forderung auf rückständigen Gesindelohn[14].

Vor den Pfandrechten geben die Concursprivilegien nach römischem Rechte keinen Vorzug[15]. Die Praxis aber hat einige derselben herausgehoben und den Pfandrechten vorgesetzt: das Privilegium der Leichenkosten, der Kosten der letzten Krankheit, des Gesindelohns, der öffentlichen Abgaben[16].

Was das Verhältniß der Concursprivilegien unter sich angeht, so ist die Regel die, daß dieselben sich gleich stehen, und namentlich das höhere Alter keinen Vorzug gibt[17]. Davon gelten jedoch folgende Ausnahmen.

1. Den übrigen Privilegien geht vor das Privilegium der Leichenkosten[18], der fiscalischen Forderungen[19], und der Forderung gegen den Banquier, soweit das deponirte Geld noch vorhanden ist[20].

---

[12] Gmelin S. 559: „nach einer unbestrittenen Praxis". Unterholzner S. 391, Vangerow §. 594 Anm. Nr. II. 5.

[13] L. 45 D. de rel. 11. 7, l. 17 pr. D. h. t. Vgl. l. 14 §. 3—5 l. 37 D. de rel. Sambaber Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII. 16, Walther das. N. F. XVII. 13 (S. 364 fg.).

[14] Dabelow S. 596—606, Schweppe §. 68, Gmelin §. 64. 65. 68; Unterholzner S. 392, Vangerow §. 593 Anm. Nr. III. 1. 2. Seuff. Arch. III. 309, X. 329, XII. 257.

[15] L. 9 C. qui pot. 8. 18 (vgl. l. 74 D. de I. D. 23. 3). — Scheinbare Ausnahme bei dem Privilegium der Leichenkosten, Paul. S. R. I. 21 §. 15, l. 45 D. de rel. 11. 7, l. 14 §. 1 D. eod. Vangerow §. 594 Anm. S. 249—250.

[16] Die hier genannten Forderungen bilden die erste Concursklasse (§. 270 Note 3. 4). Dabelow S. 596—615, Schweppe §. 68, Gmelin §. 63—77, Sintenis §. 94 Note 30.

[17] L. 32 D. h. t.

[18] S. die in Note 15 citirten Stellen.

[19] L. 34 i. f. D. h. t., Paul. S. R. V. 12 §. 10.

[20] L. 7 §. 2. 3 D. dep. 16. 3. Vgl. Note 22. — Zwischen diesen drei Privilegien unter sich einen Unterschied zu machen, läßt sich aus den Quellen nicht rechtfertigen. Gewöhnlich gibt man dem Privilegium der Leichenkosten einen absoluten Vorzug. Aber wenn es auch in l. 45 D. de rel. 11. 7 heißt:

2. Das Privilegium der Dotalforderung geht anderen jüngeren Privilegien vor[21].

3) Das Privilegium der Forderung gegen den Banquier, insoweit das deponirte Geld nicht mehr vorhanden ist, steht allen anderen Privilegien nach[22].

§. 272.

Zu dem Gesagten sind noch folgende Bemerkungen hinzuzufügen.

1. Zu vertheilende Masse ist nur, was übrig bleibt, nachdem: a) die fremden, nur factisch mit dem Vermögen des Schuldners vereinigten, Vermögensbestandtheile ausgesondert worden sind. Man pflegt die Personen, welche ein Recht auf eine Aussonderung dieser Art haben, Vindicanten[1] zu nennen. Zu den Vindicanten gehören auch diejenigen Berechtigten, denen zwar nur ein Forderungsrecht zusteht, welche aber dasselbe auch in der Form der Erhebung eines Eigenthumsanspruchs geltend zu machen befugt sind[2]. b) Auch nach dieser Aussonderung sind, ehe an die Gläubiger des Schuldners Etwas gelangt, vorher die s. g.

„quae etiam omne creditum solet praecedere", so wird doch in l. 7 §. 2 D. dep. 16. 3 in gleicher Weise gesagt: „quoties foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum", und sodann: „et ante privilegia . . . . depositariorum ratio habetur". Was den Fiscus angeht, s. Paul. S. R. V. 12 §. 10: „Privilegium fisci est, inter omnes creditores primum locum tenere". Jedoch ist diese Frage für das heutige Recht ohne Bedeutung, da die beiden erstgenannten Forderungen bereits in den früheren Concursklassen zur Befriedigung gelangen.

[21] L. 9 C. de I. D. 5. 12. Die Annahme, daß das Dotalprivilegium nicht bloß jüngeren Privilegien vorgehe, erscheint doch trotz l. 12 pr. C. qui pot. 8. 18 zu gewagt. Vgl. Vangerow S. 251—252.

[22] L. 24 §. 2 D. h. t. Ueber das Verhältniß dieser Stelle zu der in Note 20 genannten gehen die Meinungen sehr auseinander. Der hier vertretenen (Vangerow'schen) Ansicht macht allerdings Schwierigkeit l. 8 D. dep. 16. 3. Aber ist es denn nöthig, anzunehmen, daß die Compilatoren durch Anrückung dieser Stelle auch das im Vorhergehenden über den Rang des Privilegiums Gesagte haben aufnehmen wollen? Vgl. Vangerow S. 252—256.

[1] Oder Separatisten ex iure dominii. Bayer §. 51. §. 272.

[2] S. I §. 174 Note 9 und die dort citirten Quellenzeugnisse und Schriftsteller.

Massagläubiger zu befriedigen, d. h. diejenigen, welche von der Masse als solcher etwas zu fordern haben[3].

2. Gewisse Gläubiger haben das Recht, aus einem besonderen Theil des Vermögens des Schuldners Befriedigung mit Ausschluß der übrigen Gläubiger zu verlangen[4], über welchen Theil dann möglicherweise ein besonderer Concurs entstehen kann[5]. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der, wo Jemand durch Erbschaft Schuldner geworden ist: in diesem Falle können die Erbschaftsgläubiger[6] Aussonderung der Erbschaft verlangen[7]. —

Eine fernere civilrechtliche Wirkung des Concurses ist die, daß der Schuldner dadurch das Verfügungsrecht über sein Vermögen verliert[8].

E. Zeit der Leistung.

1. Rechte Zeit der Leistung.

§. 273*.

Das Forderungsrecht kann möglicherweise eine Zeitbestimmung in sich tragen, kraft Rechtsvorschrift[1], oder, was

---

[3] Entweder in Folge eines Rechtsgeschäftes mit der Gläubigerschaft, oder aus einem sonstigen Grunde, z. B. aus Reallasten, die während des Concurses erfallen. Bayer §. 50. Nach gemeinem Rechte gehören auch die Concurskosten hierher. Schweppe §. 91.

[4] S. g. Separatisten ex iure crediti. Bayer §. 21.

[5] S. g. Particularconcurs im Gegensatz zum Universalconcurs.

[6] Zu denen auch die Vermächtnißnehmer gehören. Dig. 42. 6 de separationibus. Cod. 7. 72. Das Nähere im Erbrecht. Vgl. noch Holzschuher a. a. O. Nr. 12. 13.

[7] Ueber die anderen Fälle, welche man, mit Recht oder Unrecht, hierher zu stellen pflegt, s. Bayer a. a. O., Dabelow Kap. 12, Schweppe §. 148, Gmelin §. 57—62. S. auch HGB. Art. 122. „Im Falle des Konkurses der Gesellschaft werden die Gläubiger derselben aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert befriedigt, und können aus dem Privatvermögen des Gesellschafters nur wegen des Ausfalls ihre Befriedigung suchen". Thöl Handelsr. I S. 236.

[8] Nach heutigem, nicht nach römischem Recht. L. 9 vgl. l. 10 §. 16 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Bayer §. 23. 24.

* Unterholzner I §. 109—111. 169, Savigny Obl. I §. 50, Sintenis II S. 151—154.

§. 273. [1] S. z. B. l. un. §. 7 C. de rei ux. act. 5. 13.

gewöhnlicher ist, kraft der das Forderungsrecht begründenden Willenserklärung[2]; möglicherweise ist es ein zeitlich unbestimmtes. Trägt das Forderungsrecht eine Zeitbestimmung in sich, so ist der Gläubiger vor der bezeichneten Zeit nicht berechtigt, die Leistung einzufordern[3]. Ist das Forderungsrecht ein zeitlich unbestimmtes, so ist der Gläubiger sofort berechtigt, die Leistung einzufordern[4], und muß dem Schuldner nur diejenige Zeitfrist gönnen, welche die Leistung ihrer Natur nach nöthig macht[5]. Eine Leistung, mit deren Einforderung der Gläubiger nicht mehr zu warten braucht, nennt man eine fällige Leistung; man sagt aber auch von dem Forderungsrechte selbst, daß es fällig sei[6].

Eine andere Frage ist, ob der Schuldner, wenn die Leistung fällig ist, die Einforderung des Gläubigers abwarten darf, ob er nicht verpflichtet ist, die Leistung, sobald sie fällig ist, unaufgefordert zu machen? Diese Frage ist, wenn das Forderungsrecht ein zeitlich unbestimmtes ist, für die regelmäßigen Fälle zu verneinen; nur in Ausnahmefällen verlangt das Recht von dem

---

[2] §. 2 I. de V. O. 3. 15, §. 26 I. de inut. stip. 3. 19, l. 50 D. de O. et A. 44. 7, l. 42 D. de V. O. 45. 1, l. 41 pr. eod., l. 17 §. 3 D. de manum. test. 40. 4, l. 217 §. 1 D. de V. S. 50. 16, l. 11 §. 6 D. de leg. III° 32. Seuff. Arch. III. 14, IV. 108, XIII. 228; III. 151, VIII. 249, IX. 15, XII. 233, XIV. 121, XV. 7. 218, XVII. 18, XX. 111. 112; V. 273. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I. 41. Vgl. auch Seuff. Arch. XV. 191, XVI. 23. 24, XVII. 227. Vgl. I §. 96. Auch Holzschuher III §. 227 Nr. 8. a.

[3] §. 2 I. de V. O. 3. 15, l. 42 D. de V. O. 45. 1, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16.

[4] L. 213 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 14 l. 186 D. de R. I. 50. 17, l. 41 §. 1 l. 42 D. de V. O. 45. 1. Seuff. Arch. VIII. 240.

[5] L. 186 D. de R. I. 50. 17, l. 14 l. 41 §. 1 l. 60 l. 73 pr. l. 98 §. 1 l. 137 §. 2. 3 D. de V. O. 45. 1, l. 2 §. 6 D. de eo quod certo loco 13. 4, §. 5 I. de V. O. 3. 15, §. 27 I. de inut. stip. 3. 19. Ueber l. 72 §. 2 D. de V. O. s. Unterholzner S. 227, Sintenis §. 91 Note 12. Vgl. l. 105 D. de sol. 46. 3; l. 71 §. 2 D. de leg. I° 30, l. 21 D. de iud. 5. 1. Besonderes Recht des Constitutum: l. 21 §. 1 D. de pec. const. 13. 5; Bruns Zeitschr. f. Rechtsgesch. I S. 62. 91.

[6] Die Quellen sagen: dies venit. L. 213 pr. D. de V. S. 50. 16. „Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam; venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit; ubi sub condicione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc condicione“.

Schuldner unaufgeforderte Leistung. Trägt das Forderungsrecht eine Zeitbestimmung in sich, so ist auf den Sinn derselben zu sehen. Der Sinn derselben kann allerdings möglicherweise der sein, daß der Schuldner zu der bezeichneten Zeit solle leisten müssen, ohne die Aufforderung des Gläubigers abwarten zu dürfen; möglicherweise aber kann auch eine solche Zeitbestimmung lediglich in dem Sinne getroffen sein, daß der Gläubiger vor der bezeichneten Zeit die Leistung nicht solle einfordern dürfen. Das Nähere über diese Frage in §. 278.

Eine noch andere Frage ist es, zu welcher Zeit der Schuldner berechtigt sei, zu leisten, d. h. zu welcher Zeit er durch Leistung dem Forderungsrechte Genüge thue, und daher von dem Gläubiger Annahme der Leistung verlangen könne? Auf diese Frage ist zu antworten: der Schuldner ist regelmäßig zur Leistung berechtigt sogleich nach Entstehung des Forderungsrechtes, vorausgesetzt daß die gewählte Zeit keine unpassende ist. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn eine Zeitbestimmung für die Leistung lediglich im Interesse des Gläubigers getroffen worden ist[7].

Interusurium.

§. 274.

Es kann das Bedürfniß entstehen, den gegenwärtigen Werth einer erst künftig fälligen Forderung zu bestimmen[1]. Dieser

---

[7] L. 39 D. de sol. 46. 3, l. 38 §. 16 D. de V. O. 45. 1 (l. 70 D. de sol. 46. 3), l. 41 §. 1 l. 137 §. 2 D. de V. O., l. 17 D. de R. I. 50. 17. Vgl. l. 43 §. 2 D. de leg. II° 31, l. 15 D. de ann. leg. 33. 1. Mommsen Beiträge zum Obligationenr. III S. 156—158.

§. 274. [1] Z. B. bei der Berechnung der falcidischen Quart, wenn in der Erbschaft Forderungen sich befinden, welche noch nicht fällig sind, oder wenn ein Vermächtniß auf die Auszahlung einer noch nicht fälligen Forderung geht, oder es selbst erst nach einer gewissen Zeit ausgezahlt werden soll (l. 1 §. 10 l. 45 pr. l. 66 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2). Oder ein Schuldner zahlt zur Verkürzung seiner Gläubiger eine noch nicht fällige Forderung voll aus, wo der Empfänger zurückgeben muß, was er über den gegenwärtigen Werth der Forderung erhalten hat (l. 10 §. 12 l. 17 §. 2 D. quae in fraud. cred. 42. 8). Oder ein Schuldner wird ausnahmsweise zur Leistung vor dem Verfalltage gezwungen (l. 24 §. 2 D. sol. matr. 24. 3). Oder die Parteien werden darüber einig, daß eine künftig fällige Forderung mit Reducirung auf ihren gegenwärtigen Werth gleich jetzt abgetragen werden solle. — Man darf aber nicht

Werth ist, vorausgesetzt daß das Forderungsrecht sich nicht auch auf die Nutzungen des Leistungsgegenstandes erstreckt, geringer, als der Nominalwerth der Forderung. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der einer künftig fälligen unverzinslichen Geldforderung; die Differenz zwischen dem gegenwärtigen und dem Nominalwerth der Forderung pflegt man hier Interusurium[2] zu nennen (in der kaufmännischen Sprache Rabat oder Disconto). Die Berechnung des Interusurium[3] geschieht in der Weise, daß ein Kapital gesucht wird, welches mit Hinzufügung der davon bis zum Verfalltermine zu ziehenden Zinsen dem Gläubiger die ihm geschuldete Summe gewährt. Ob dabei auch auf Zinseszinsen Rücksicht zu nehmen sei[4], hängt davon ab, ob und in wie weit nach

---

den Satz aufstellen, daß der Gläubiger auch gegen seinen Willen mit dem gegenwärtigen Werth seiner künftig fälligen Forderung abgefunden werden könne. Vgl. Vangerow III §. 587 Anm. Nr. VII. VIII, Petzoldt Zeitschr. f. Rechtspflege und Verwalt. in Sachsen N. F. XIX. S. 386—400.

[2] Der Ausdruck interusurium bezeichnet eigentlich den Zins, welcher von der schuldigen Summe bis zum Verfalltage gezogen werden kann, l. 9 §. 8 D. de pec. 15. 1, l. 66 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. Entsprechende allgemeinere Ausdrücke sind: commodum temporis, medii temporis commodum, repraesentationis commodum (l. 24 §. 2 D. sol. matr. 24. 3, l. 82 pr. D. de leg. II° 31, l. 45 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 1 §. 10 eod., l. 1 §. 2. 12 D. de dote prael. 33. 4, l. 10 §. 12 D. quae in fraud. cred. 42. 8). Vgl. Fritz Erläut. II S. 129—131.

[3] Schrader civil. Abhandlungen Nr. 2 (1816). F. Zachariä über die richtige Berechnungsart des Interusurii (1831). Oettinger Arch. f. civ. Pr. XXIX. 2 (1846). P. F. Keil das Interusurium (1854). Fritz Erläut. II S. 128—136, Unterholzner I §. 132, Vangerow III §. 587 Anm., Sintenis II S. 155—156.

[4] Dieß thut die s. g. Leibnitz'sche Berechnung (Leibnitz meditatio iuridico-mathematica de interusurio simplice in den Acta eruditorum von 1683 p. 425. 599), im Gegensatz zu der s. g. Hoffmann'schen Berechnung (G. A. Hoffmann Klugheit Haus zu halten oder Prudentia oeconomica, nebst einem Anhang vom interusurium, 1731). — Eine dritte Art der Berechnung, die s. g. Carpzov'sche (Ben. Carpzov opus decisionum ill. Saxon. 1704 P. III dec. 275), findet die gesuchte Summe einfach dadurch, daß sie an dem Nominalwerth der Forderung den Betrag der Zinsen der Zwischenzeit in Abrechnung bringt, — also dem Gläubiger abzieht, was derselbe zu viel erhalten haben würde, wenn ihm gegeben worden wäre, was ihm nicht gegeben wird. Diese letztere Art der Berechnung, so handgreiflich unrichtig sie ist, liegt doch der einzigen Quellenstelle zu Grunde, in welcher die Größe des Interusurium bestimmt wird, l. 88 §. 3 D. ad leg. Falc. 35.

den besonderen Umständen des Falles der Gläubiger sich in der Lage befindet, die gezogenen Zinsen wieder zinsbar anlegen zu können[5].

Unfreiwillige Stundung. Moratorium.

§. 275.

Ausnahmsweise darf der Gläubiger trotz der Fälligkeit der Leistung dieselbe doch nicht einfordern.

---

2. Man ist aber darüber einverstanden, daß wir durch diesen Versuch der Lösung einer reinen Rechnungsaufgabe nicht gebunden sind. (Es ist übrigens zu bemerken, daß die in der genannten Stelle unmittelbar beantwortete Frage eine andere ist. Die Frage, welche daselbst aufgeworfen wird, ist: wenn A 100 als Vermächtniß erst jetzt erhält, B 100 bereits vor einer gewissen Zeit erhalten hat, um wie viel hat A weniger als B? Die richtige Antwort wäre gewesen: A hat 100, B 100 + x. Statt dessen sagt die Stelle, indem sie den Standpunkt der Zeit, wo auch A erhält, verläßt, und sich auf den Standpunkt der Zeit stellt, wo B erhalten hat: das Vermächtniß des B beträgt 100, das des A 100 — x.)

[5] Dieser Gedanke ist namentlich in der Keil'schen Schrift ausgeführt, während Oettinger sich bemüht, die Leibnitz'sche Berechnung als die allein richtige nachzuweisen. Dieser Beweis war, wenn gefragt wird, welche Berechnung die mathematisch genaue sei, nicht nöthig; auf juristische Momente nimmt Oettinger keine Rücksicht. (Daß die Hoffmann'sche Berechnung keine mathematisch genaue ist, tritt namentlich dann hervor, wenn man dem Anspruch des Gläubigers [wie viel muß der Gläubiger jetzt erhalten, um nach Ablauf der bestimmten Zeit sein volles Kapital zu haben?] den Anspruch des Schuldners [wie viel muß der Schuldner vom Kapital zurückbehalten, um nach Ablauf der bestimmten Zeit soviel zu haben, als er in der Zwischenzeit von dem Kapital, wenn er es noch nicht gezahlt hätte, an Zinsen hätte ziehen können?] gegenüberstellt. Wenn hier Gläubiger und Schuldner in gleicher Weise den Zins nicht wieder als zinstragendes Kapital in Anrechnung bringen, muß der Fehler natürlich um so größer werden. Oettinger S. 85 fg. Ein anderes Argument, welches Oettinger gebraucht [S. 74 fg.], ist, daß er einen Fall construirt, wo ein Gläubiger mehrere Forderungen hat, die zu verschiedenen Zeiten fällig sind, etwa eine erst nach einem Jahr, eine zweite nach zwei Jahren, und daß er nun zweijährige Zinsen nicht von derjenigen Summe in Anrechnung bringt, welche der Gläubiger auf seine zweite Forderung wirklich erhält, sondern von einer Summe, welche durch Verkleinerung der Summe, die der Gläubiger auf seine erste Forderung erhält, und von welcher nur einjährige Zinsen in Ansatz gebracht werden, erhöht worden ist.)

* Holzschuher III §. 230.

1. Zufolge der dem Schuldner zustehenden Rechtswohlthat des Nothbedarfs (§. 267).

2. Wenn diejenigen Gläubiger, welche von dem Gesammtbetrage der Schulden des Schuldners den größeren Theil zu fordern haben, Gewährung eines Zahlungsausstandes beschließen, so sind dadurch die übrigen Gläubiger gebunden, jedoch nur auf fünf Jahre. Ist der Betrag der Forderungen auf beiden Seiten gleich, so entscheidet die Mehrzahl der Forderungsberechtigten. Ist auch die Zahl der Forderungsberechtigten gleich, so gilt der Ausstand als gewährt[1].

3. Der Schuldner kann einen Ausstand auch durch eine Verfügung des Landesherrn erhalten (s. g. Moratorium)[2]. Ist eine solche Verfügung auf Grund falscher Vorbringungen erwirkt worden, so ist sie ungültig[3]. Die Frage, ob das ertheilte Moratorium auch die später entstandenen Forderungen ergreife, ist eine Auslegungsfrage[4].

---

[1] Diese Bestimmungen traf Justinian in l. 8 C. qui bonis cedere 7. 71. §. 275.
Pfeiffer praktische Ausführungen IV. 3. — Findet das Zwangsrecht der Majorität auch noch nach eröffnetem Concurse Statt? Spangenberg Zeitschrift f. Civ. u. Pr. VI S. 235 fg. Kann die Minorität Sicherstellung verlangen? Bejahend entschieden in den Urtheilen bei Seuff. Arch. V. 264; dawider Pfeiffer S. 66. Kommt die Stundung den Bürgen der Minorität zu Gute? Nein, nach Analogie von l. 58 §. 1 D. mand. 17. 1 (§. 358 Note 4).

[2] Unterholzner I S. 371, Sintenis II S. 157—158, Seuffert §. 252, Bayer Concursproc. §. 36. Ueber den legislatorischen Werth des Instituts Mittermaier Arch. f. civ. Pr. XVI. 17. — Die Bezeichnung „Moratorium" rührt ohne Zweifel von dem in l. 2 C. de precibus 1. 19 vorkommenden Ausdruck „moratoria praescriptio" her, welcher Ausdruck aber nichts bezeichnen will, als verzögerliche Einrede überhaupt. — Seuff. Arch. XIV. 84.

[3] R. P. O. 1577 Tit. 23 §. 4. Die Bestimmung der l. 4 C. de prec. 1. 19, daß die Verfügung auch dann nicht gelten solle, wenn den Gläubigern nicht für die künftige Befriedigung Bürgschaft geleistet worden sei, wird heutzutage nicht mehr beachtet (Bayer a. a. O. und die das. Note 9 Citirten); jedenfalls hindert sie den Landesherrn nicht, die Bürgschaftsleistung zu erlassen.

[4] Ist das Moratorium auf Grund einer vom Schuldner gestellten Sicherheit ertheilt, so ist nicht anzunehmen, daß der Landesherr durch dasselbe auch den späteren Gläubigern, welche diese Sicherheit nicht haben, habe entgegentreten wollen. — Was den Bürgen angeht, so muß auch hier die Analogie von l. 58 §. 1 D. mand. 17. 1 (Note 1) entscheiden. S. auch Holzschuher

2. Verzug*.

a. Begriff.

§. 276.

Wenn der Schuldner die Zeit, zu welcher er die Leistung zu machen verpflichtet war, hat verstreichen lassen, ohne die Leistung zu machen, so ist er in Verzug[1]. Im eigentlich technischen Sinn des Wortes wird aber nur von demjenigen Schuldner gesagt, er sei in Verzug, welchem der Verzug zur Schuld angerechnet werden kann[2]. Der juristische Verzug — welcher fortan Verzug schlechthin genannt werden wird — hat wichtige rechtliche Folgen (§. 280); dieß macht es nöthig, seine Voraussetzungen näher zu bestimmen (277—279)[3].

---

a. a. O. Nr. 11. — Brauchen während des Moratoriums auch keine Zinsen gezahlt zu werden? Holzschuher a. a. O. Nr. 8 und III §. 216 Nr. 4.

* Dig. 22. 1 de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et *mora*. — v. Madai die Lehre von der Mora (1837). C. W. Wolff zur Lehre von der Mora (1841). Fr. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht. 3. Abth.: die Lehre von der Mora (1855). Zu der letzteren Schrift: Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 253—278 (1856). Eine Uebersicht der älteren Literatur bei Madai S. V—XIV. Unterholzner I §. 52—59, Fritz Erläut. II S. 325—347, Vangerow III §. 588, Sintenis II §. 93, Unger in Haimerl's Vierteljahresschr. XIV S. 125 fg., Holzschuher III §. 233.

§. 276. [1] Der lateinische Ausdruck ist „mora“. Es braucht nicht erst gesagt zu werden, daß dieser Ausdruck keine nothwendige Beziehung auf die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit hat; vgl. z. B. l. 5 D. de off. proc. 1. 16: — „quid enim si necessariam moram in itinere patiatur?“ Mora bezeichnet ferner auch Zeitablauf im Allgemeinen, vgl. z. B. l. 15 D. de neg. gest. 3. 5, l. 53 D. de H. P. 5. 3, l. 51 D. de pec. 15. 1 und Mommsen §. 1 Note 9.

[2] S. namentlich l. 24 pr. D. h. t. 22. 1 und l. 127 D. de V. O. 45. 1. L. 24. pr. cit. „Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram; utique si iuste ad iudicium provocavit“. — Zur Bezeichnung dieser doppelten Art des Verzuges gebraucht Wolff die Ausdrücke „objectiver, subjectiver Verzug“. Man wird die Bezeichnung nicht unpassend finden dürfen; aber mit Recht erklärt sich Mommsen (§. 1) dagegen, daß der objective Verzug dem subjectiven als besonderes Rechtsinstitut gegenübergestellt werde.

[3] Auch der Gläubiger kann in Verzug sein, in Betreff der Annahme der Leistung, zu welcher der Schuldner bereit ist, — mora creditoris oder mora

b. Voraussetzungen.

§. 277.

Der Verzug setzt voraus:

1) ein gültiges, mit keiner Einrede behaftetes, klagbares Forderungsrecht[1];

2) daß diejenige Zeit, zu welcher der Schuldner die Leistung zu machen verpflichtet war, ohne Leistung verstrichen sei. Welches diese Zeit sei, ist im Allgemeinen bereits in §. 273 gesagt worden; näher wird davon im folgenden §. gehandelt werden. Es muß sodann

3) der Schuldner auch gewußt haben, daß er leisten, und gerade jetzt, und gerade so leisten müsse, wie es von ihm verlangt wird[2]. Unentschuldbarer Irrthum gilt jedoch dem Wissen gleich[3]. Endlich muß

4) dem Schuldner auch kein sonstiger Entschuldigungsgrund zur Seite stehen, durch welchen es gerechtfertigt wird, daß er nicht rechtzeitig geleistet hat[4]. Ob dieß der Fall ist, hat zwar

---

accipiendi im Gegensatz zur mora debitoris oder mora solvendi. Es ist nicht gerechtfertigt, den Verzug des Gläubigers mit dem Verzug des Schuldners in derselben Darstellung zusammenzufassen. Der Verzug des Schuldners gehört in die Lehre vom Inhalt, der Verzug des Gläubigers in die Lehre von der Aufhebung des Forderungsrechtes. S. §. 345. 346.

[1] L. 54 D. de pact. 2. 14, l. 40 D. de R. C. 12. 1, l. 78 pr. D. de leg. II° 31, l. 127 D. de V. O. 45. 1, l. 88 D. de R. I. 50. 17. Liquidität der Forderung? Vgl. Seuff. Arch. XX. 113. §. 277.

[2] Daher l. 63 D. de R. I. 50. 17: „Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur dolo facere", und ebenso l. 24 pr. D. h. t. (§. 276 Note 2). Dagegen l. 82 §. 1 D. de V. O. 45. 1: „et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere". Seuff. Arch. VII. 291. S. auch l. 21 i. f. l. 22 D. h. t., l. 3 pr. eod. vgl. mit l. 89 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 99 D. de R. I. 50. 17, und vgl. auch l. 13 pr. D. dep. 16. 3.

[3] L. 5 D. de R. C. 12. 1, l. 42 D. de R. I. 50. 17. Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note Mommsen S. 57—61.

[4] L. 5 D. de R. C. 12. 1: — „animadverti debebit, . . . in potestate tua fuerit id nec ne, aut dolo malo feceris, quominus esset vel fuerit nec ne . . .". L. 17 §. 3 h. t.: — „quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiamsi vellet, non potuit?" S. außerdem l. 21 l. 23 pr. D. h. t., und vgl. auch l. 9 §. 1 eod., l. 23 §. 1 D. de rec. 4. 8, l. 47 pr. D. de leg. I° 30.

der Richter im einzelnen Fall nach seinem Ermessen zu bestimmen[5], wenn sich aber der Schuldner darauf beruft, daß ihm die rechtzeitige Leistung unmöglich geworden sei, so sind die in §. 264 entwickelten Grundsätze maßgebend. War daher das Hinderniß, welches die rechtzeitige Leistung ausgeschlossen hat, schon zur Zeit der Begründung des Forderungsrechtes vorhanden, so kann sich der Schuldner auf dasselbe berufen, wenn es ein objectives, nicht, wenn es ein bloß subjectives war[6]. Ist dagegen das Hinderniß erst später eingetreten, so ist zu unterscheiden, ob der Schuldner an demselben Schuld ist oder nicht, und dabei wird der Richter darauf Rücksicht nehmen müssen, ob der Schuldner nach dem Inhalt des obligatorischen Verhältnisses bloß für Arglist, oder auch, und in wie weit, für Nachlässigkeit haftet[7]. Auch Zahlungsunfähigkeit, wenn sie durch unverschuldete Unglücksfälle herbeigeführt worden ist, muß als Entschuldigungsgrund angesehen werden[8].[9]

---

[5] L. 91 §. 3 D. de V. O. 45. 1: — „esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose . . erratur". Vgl. auch l. 32 pr. D. h. t. Seuff. Arch. XII. 134, XIII. 12.

[6] L. 137 §. 4 D. de V. O. 45. 1.

[7] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, es läßt sich aber nicht abweisen. Wenn Jemand bei dauernder Unmöglichkeit nur für Arglist haftet, wie will man ihn für Nachlässigkeit verantwortlich machen, wenn die Unmöglichkeit bloß eine zeitweilige ist? Vgl. auch l. 13 pr. D. dep. 16. 3. Oder warum soll er umgekehrt im letzteren Fall milder behandelt werden, wenn ihm die dauernde Unmöglichkeit schon bei Nachlässigkeit zur Schuld angerechnet wird? Aus der l. 5 D. de R. C. 12. 1 (Note 4) ein argumentum a contrario herleiten zu wollen, ist gewiß unzuläßig (Mommsen S. 67). Ueber die verschiedenen Ansichten s. Madai S. 10, Wolff S. 255 fg., Mommsen S. 14. 23. 67—69.

[8] Dieser Satz wird von der herrschenden Meinung nicht anerkannt, aber er folgt aus dem aufgestellten Princip. Vgl. Seuffert §. 245 Note 13, Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 112. Dawider spricht auch nicht l. 137 §. 4 D. de V. O. 45. 1. Denn diese Stelle handelt von dem Falle, wo die Mittellosigkeit des Schuldners gleich zu Anfang, schon zur Zeit des abgegebenen Versprechens, vorhanden war; für diesen Fall ist die zu Note 6 bemerkte Regel maßgebend. — Einfluß des Concurses: Seuff. Arch. VI. 117, X. 323, XIII. 306.

[9] Der Satz, daß der juristische Verzug durch jeden Entschuldigungsgrund ausgeschlossen werde, ist nicht allgemein anerkannt. Einige Schriftsteller wollen

§. 278.

Die Zeit, zu welcher der Schuldner die Leistung zu machen verpflichtet ist, muß regelmäßig erst durch Aufforderung des Gläubigers bestimmt werden; regelmäßig kommt der Schuldner erst in Verzug durch die Mahnung (§. 279)[1]. Dieß erleidet aber Ausnahmen.

1. Mahnung ist nicht erforderlich, wenn bei der Begründung des Forderungsrechtes eine Zeitbestimmung in dem Sinne hinzugefügt worden ist, daß der Schuldner zu dieser Zeit leisten müsse[2], nicht in dem Sinne, daß der Gläubiger vor dieser Zeit

---

bei den in den Quellen ausdrücklich genannten Entschuldigungsgründen stehen bleiben, oder lehren doch, daß der Schuldner sich auf solche Entschuldigungsgründe nicht berufen könne, welche ihren Grund in seiner Person haben. Man hat dieser Meinung den, nicht sehr glücklichen, Ausdruck gegeben: zur mora sei keine culpa erforderlich. Vertheidigt wird sie namentlich von Schöman Handbuch des Civilrechts II Nr. 11 und Lehre vom Schadenersatz II S. 10 fg., Bensey in der Allg. Lit. Zeit. von 1842 S. 351 fg., Gerau Zeitschr. f. Civilr. und Pr. N. F. II S. 218—249, Puchta §. 268. a. §. 269. h, Sintenis II §. 93 Note 50 und S. 208, C. Esmarch inter moram solvendi et culpam a debitore praestandam quae sit differentia ex iure Romano quaeritur (Habilitationsschrift, 1852; dieser Schriftsteller beschränkt aber die Wirkungen des Verzuges sehr). Gegen die angeführte Meinung sind namentlich zu vergleichen Madai §. 2, Wolff S. 252 fg. (s. aber auch dens. S. 289—301), Mommsen §. 2. 8, Vangerow III §. 588 Anm. 1. Unter den Argumenten für diese Meinung spielt eine Hauptrolle die l. 137 §. 4 D. de V. O. Aber diese Stelle enthält, wie bereits bemerkt wurde, nur den Satz, daß die ursprüngliche subjective Unmöglichkeit von dem Schuldner als Entschuldigungsgrund nicht geltend gemacht werden könne.

[1] Die Mahnung heißt in den Quellen interpellatio. L. 32 pr. D. h. t. „Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, i. e. si interpellatus oportuno loco non solverit“. L. 36 §. 3 D. de leg. I° 30, l. 23. 24 D. de V. O. 45. 1, Paul. R. S. III. 8 §. 4. Vgl. l. 24 D. quando dies 36. 2. S. auch l. 53 pr. D. de fideic. lib. 40. 5: — libertas non privata, sed publica res est, ut ultro is, qui eam debet, offerre debeat“. §. 278.

[2] Einen Fall dieser Art hat l. 10 C. de A. E. V. 4. 49 im Auge. „Cum venditorem carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex emto actione eum, quanti intersit tua, si tunc praestita fuisset, apud praesidem provinciae convenire potes“. Zwar hat man diese Stelle von dem Falle verstehen wollen, wo nach der bestimmten Zeit das Fleisch dem Käufer nicht mehr brauchbar, und daher die Erfüllung der Verpflichtung des Verkäufers nicht mehr möglich sei (Mommsen

nicht fordern dürfe[3] (§. 273). Die Behauptung, daß die Festsetzung eines Leistungstermines die Mahnung immer unnöthig mache, läßt sich ebenso wenig rechtfertigen, als die entgegengesetzte, daß sie es nie thue[4]; im Zweifel aber, wenn die besonderen

---

S. 88); aber es liegt auf der Hand, daß diese Erklärung in die Stelle etwas hineinträgt, was nicht in derselben gesagt ist. Zweifelhafter ist es, ob auch l. 114 D. de V. O. 45. 1 hierher zu beziehen ist. „Si fundum certo die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me, quanti mea interest, moram factam non esse". Es ist nämlich möglich, daß durch den Ausdruck „per promissorem steterit" die geschehene Mahnung mit hat bezeichnet werden sollen. Dawider darf man auch nicht einwenden (Vangerow S. 216), daß eine wirksame Mahnung nicht vor Ablauf der dem Schuldner freizulassenden Leistungszeit geschehen könne; denn dieser Satz kann eben als richtig nicht anerkannt werden (§. 279 Note 4). Vgl. auch die, in diesem Zusammenhang gewöhnlich nicht beachtete, l. 11 D. de re iud. 42. 1.

[3] Hierher gehört z. B. der Fall, wo beim Miethvertrage über die Fristen in denen der Miethzins gezahlt werden soll, eine Vereinbarung getroffen ist. L. 17 §. 4 D. h. t. „Ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, nonnisi ex mora usuras praestare debet". Man hat zwar eingewendet, daß diese Stelle nur eine gesetzlich bestimmte Zahlungszeit im Auge habe (Mommsen S. 91, Vangerow S. 219); aber sie sagt doch ganz allgemein „tardius", und zu spät gezahlt ist gewiß auch das zur vereinbarten Zeit nicht gezahlte Miethgeld.

[4] Daß „dies adiectus interpellat pro homine", ist seit der Zeit der Glossatoren bis in die neuere Zeit die herrschende Meinung gewesen, und namentlich war in Deutschland seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts aller Zweifel an der Richtigkeit dieser Regel verschwunden. Bestritten wurde sie wieder von Savigny in seinen Vorlesungen, und zuerst öffentlich von Neustetel Arch. f. civ. Pr. V. 8 (1822). Seit dieser Zeit sind in Betreff derselben die Juristen in zwei Lager gespalten. Als Gegner der Regel sind ferner aufgetreten namentlich: v. Schröter (dieser in besonders ausführlicher Darstellung) Zeitschrift f. Civilr. u. Pr. IV. 5 (1831) und VII. 3 (1834), Wolff §. 27—29, Fritz Erläut. II S. 331 fg., Unterholzner I S. 115—117, Puchta §. 269. q, Sintenis II §. 93 Note 71, Brinz S. 551; vertheidigt wird sie u. A. von Madai §. 24, Mommsen §. 11, Seuffert §. 245, Vangerow III §. 588 Anm. 2, Arndts §. 251 Note 6, Holzschuher III §. 233 Nr. 2. Nähere Literaturangaben bei Schröter IV S. 100—128, Madai §. 16—23, Mommsen S. 102—104, Vangerow S. 206—208. Jedoch wird nicht von allen den genannten Schriftstellern die Meinung, welche sie für die richtige halten, als die absolut richtige hingestellt, vielmehr zugegeben, daß die Fristbestimmung möglicherweise auch den entgegengesetzten Sinn haben könne; s. auf der einen Seite Schröter IV S. 106, Fritz S. 332,

Umstände des vorliegenden Falles der Auslegung keine Handhabe darbieten, ist anzunehmen, die Hinzufügung eines Leistungstermins sei in dem Sinne geschehen, daß dadurch die Mahnung unnöthig wird[5]. — Auf den gesetzlichen Leistungstermin bezieht sich

---

auf der anderen Mommsen S. 109—113. 116—119, Seuffert §. 245 Note 8 (Bl. f. R. Anwend. zunächst in Bayern I Nr. 1. 2), Vangerow S. 210 unt. Vgl. auch Bruns Zeitschr. f. RGesch. I S. 65—67. 105. Daß diese doppelte Möglichkeit anerkannt werde, scheint mir bei dieser ganzen Controverse das Erste und Wesentlichste zu sein. Eines näheren Beweises für dieselbe bedarf es nicht, da sie aus der Natur der Sache folgt; nicht darüber kann gestritten werden, ob nicht die Zeitbestimmung möglicherweise sowohl den einen, wie den anderen Sinn haben könne, sondern nur darüber, welchen sie im Zweifel habe (Note 5). S. überdieß die in Note 2 und 3 genannten Quellenstellen. Es ist allerdings zuzugeben, daß die an dem angeführten Orte gegebene Erklärung dieser Stellen keine zwingend nothwendige ist; aber um so mehr ist zu behaupten, daß sich aus den Quellen ein stringenter Beweis für die ausschließliche Richtigkeit der einen oder der anderen Meinung nicht beibringen läßt. Unter den Stellen, auf welche man sich außer den genannten Stellen von der einen und anderen Seite sonst noch berufen hat, haben die meiste Beweiskraft, und zwar gegen die Regel, die in Note 1 genannten; aber auch sie schließen doch die Möglichkeit von Ausnahmen nicht aus. Die übrigen sind noch viel weniger entscheidend, und zum Theil sogar von Anhängern derselben Meinung, für welche sie geltend gemacht werden, aufgegeben. Die hauptsächlichsten sind: l. 47 D. de A. E. V. 19. 1, l. 33 D. de V. O. 45. 1, l. 135 §. 2 eod., l. 8 D. si quis caut. 2. 8, l. 12 C. de contr. stip. 8. 38, l. 2 C. de iure emph. 4. 66, c. 4 X. de loc. et cond. 3. 18; l. 49 §. 3 D. de V. O. 45. 1, l. 3 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 41, l. 5 C. de A. E. V. 4. 49, l. 87 §. 1 D. de leg. II° 31. Vgl. Mommsen S. 84—98. Auch auf die dem R.D.A. v. 1600 vorangegangenen Verhandlungen, und speciell eine in denselben von den kaiserlichen Commissarien abgegebene Erklärung, wodurch der Satz: dies adiectus interpellat pro homine anerkannt worden ist, hat man sich berufen (Seuffert in seinem Archiv zu VI. 163); aber diese Erklärung ist in das Reichsgesetz selbst nicht aufgenommen worden. Mommsen S. 99—101. So bleibt endlich nur die Frage übrig, ob nicht unsere Controverse durch ein unzweifelhaftes Gewohnheitsrecht entschieden sei, und darauf allein stellen auch Mommsen und Arndts Alles ab. Ein Gewohnheitsrecht liegt nun in Betreff derselben allerdings vor, aber auch dadurch ist nicht festgestellt, daß die Regel: dies adiectus interpellat pro homine unter allen Umständen richtig sei. S. die folgende Note.

[5] Sieht man bloß auf das römische Recht, so wäre auf Grund der l. 32 pr. D. h. t. (Note 1) unzweifelhaft im entgegengesetzten Sinn zu entscheiden. Aber daß die deutsche Praxis von jeher an dem Satz: dies adiectus interpellat pro homine festgehalten hat, ist von keiner Seite bestritten. S. auch

das hier Gesagte nicht; für diesen erleidet die Regel, daß Verzug nicht ohne Mahnung eintritt, keine Ausnahme[6].

2. Mahnung ist ferner nicht erforderlich bei den Forderungsrechten, welche auf Herausgabe eines dem Gläubiger durch Delict, z. B.[7] Entwendung[8] oder widerrechtliche Besitzentsetzung[9], entzogenen Gegenstandes gehen[10].

3. Ebensowenig ist Mahnung erforderlich bei den Forderungsrechten der Minderjährigen[11].

---

die Urtheile bei Seuffert Arch. I. 332, VI. 163, X. 144, XI. 140. Das dadurch begründete Gewohnheitsrecht ist auch dadurch nicht wieder aufgehoben worden, daß die ihm zu Grunde liegende Rechtsüberzeugung in der neueren Zeit keine allgemeine mehr ist; es wird an der abweichenden Ueberzeugung sein, ihrerseits eine entgegengesetzte Uebung zu bewirken. Aber dieses Gewohnheitsrecht hat gewiß nicht den Sinn, daß das Gegentheil nicht solle ausgemacht werden können, und also auch nicht den Sinn, daß das Gegentheil nicht solle anerkannt werden dürfen, wenn es sich durch Auslegung als von den Parteien gewollt ergebe. Vgl. Mommsen S. 104—107, Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 257. 258 (abweichend).

[6] Mommsen S. 116.

[7] S. noch Seuff. Arch. XVIII. 220.

[8] L. 8 §. 1 l. 20 D. de cond. furt. 13. 1, l. 17 §. 2 l. 29 D. rer. am. 25. 1, l. 7 C. de cond. ob turp. caus. 4. 7. Es entscheidet nicht der heutige Begriff des Diebstahls, sondern der römische des furtum: l. 16 D. de cond. furt. 13. 1, l. 1 §. 25 D. dep. 16. 3. Vgl. übrigens l. 30 §. 1 D. de iurei. 12. 2.

[9] L. 1 §. 34. 35 l. 19 D. de vi 43. 16, l. 1 C. de his quae vi 2. 20.

[10] Vgl. Mommsen S. 76 fg.

[11] L. 87 §. 1 D. de leg. II° 31, l. 3 §. 2 D. de adim. leg. 34. 4, l 26 §. 1 D. de fideic. lib. 40. 5, l. 3 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 41, l. 5 C. de A. E. V. 4. 49. S. auch l. 17 §. 3 D. h. t. Wenn es in l. 87 §. 1 heißt: „tamen non pro mora hoc habendum est", so soll damit nur auf das Besondere aufmerksam gemacht werden, daß der Verzug hier wieder aufhöre, sobald der Minderjährige großjährig geworden sei. In l. 5 cit. wollen die Worte „licet nulla mora intercesserit" nur sagen, daß nach den gewöhnlichen Grundsätzen hier kein Verzug vorliege. Andere nehmen auf Grund dieser Stellen zu Gunsten des Minderjährigen keinen Verzug, sondern nur ein gesetzliches Zinsprivilegium an, so namentlich Wolff §. 9, Mommsen §. 12. Aber ich halte die Schwierigkeiten, welche die genannten Stellen der Annahme eines wirklichen Verzuges darbieten, für geringer, als die der entgegengesetzten Ansicht aus l. 3 §. 2 D. de adim. leg. 34. 4 erwachsenden. Ein wirklicher Verzug wird angenommen auch von Madai §. 26. Vgl. Seuff. Arch. I. 190. Den Minderjährigen stellt die Kirchen gleich das Urtheil bei Seuff. II. 130; dagegen Madai S. 157. S. noch Seuff. Arch. V. 102, VII. 13.

4. Wenn die Mahnung wegen Abwesenheit des Schuldners oder eines sonstigen die Person desselben betreffenden Umstandes unmöglich ist, so kann sie durch eine vor Gericht abgegebene Erklärung ersetzt werden[12].

In anderen Fällen tritt ohne Mahnung nicht Verzug mit allen an denselben angeknüpften rechtlichen Folgen, sondern nur eine beschränktere Wirkung, namentlich eine gesetzliche Zinsverbindlichkeit ein[13].

§. 279*.

Eine bestimmte Form der Mahnung ist nicht vorgeschrieben[1]. Die Mahnung ist aber ungültig, wenn sie von dem Schuldner

---

[12] L. 2 D. de naut. foen. 22. 2: — „si nemo sit, qui a parte promissoris . . . interpellari possit“. L. 23 §. 1 D. h. t.: — „si forte non exstat qui conveniatur“. Die Beschränkung auf den Fall der Abwesenheit (Mommsen S. 76 Note 6) rechtfertigt sich durch l. 5 §. 20 D. ut in poss. 36. 4 nicht. Es kann jedoch sehr wohl der Umstand, welcher die Mahnung unmöglich macht, auch die Nichterfüllung entschuldigen, und dadurch den Verzug ausschließen; so, wenn der Schuldner unmündig oder wahnsinnig, oder gar noch ungeboren ist. Aber einen solchen Entschuldigungsgrund kann auch die Abwesenheit gewähren. Vgl. l. 23 pr. D. h. t.

[13] Die Fälle, welche hierher gehören, sind folgende. a. Der Fiscus bezieht Zinsen von seinen Forderungen vom Augenblicke ihrer Fälligkeit, l. 17 §. 5. 6 l. 43 D. h. t., l. 10 §. 1 D. de publ. 39. 4 (vgl. übrigens Seuff. Arch. XVIII. 22. 23). b. Von Vermächtnissen zu Gunsten frommer Zwecke müssen 6 Monate nach Insinuation des Testamentes Früchte, Zinsen und anderer Zuwachs entrichtet werden, Nov. 131 c. 12, l. 46 §. 4 C. de episc. 1. 3 (lex rest.). c. Der Ehemann, welcher mit der Herausgabe der Dos ein Jahr nach Auflösung der Ehe wartet, zahlt Zinsen, l. un. §. 7 C. de rei ux. act. 5. 13. Umgekehrt zahlt d. auch derjenige, welcher eine Dos versprochen hat, Zinsen, wenn er mit der Entrichtung der Dos zwei Jahre zögert; er müßte denn der Vater der Frau sein. Besteht die Dos nicht in einer Geldsumme, so treten mit Ablauf dieser Frist die Folgen des Streitbeginnes gegen ihn ein, l. 31 §. 2 C. de I. D. 5. 12. — Von Andern wird in diesen Fällen wahrer Verzug angenommen. Vgl. Puchta §. 269, Mommsen S. 127—129. — Vgl. HGB. Art. 289. „Kaufleute unter einander sind berechtigt, in beiderseitigen Handelsgeschäften auch ohne Verabredung oder Mahnung von jeder Forderung seit dem Tage, an welchem sie fällig war, Zinsen zu fordern“.

* Madai §. 5—12, Wolff §. 22, Mommsen §. 5—7. §. 279.

[1] Namentlich ist nicht Gerichtlichkeit der Mahnung erforderlich. In der Ladung liegt aber eine Mahnung; nur nicht auch schon in der Einreichung der Klageschrift bei Gericht. Vgl. Holzschuher a. a. O. Nr. 4. Mahnung durch Klagerhebung bei einem unzuständigen Gericht? Seuff. Arch. XX. 213. —

etwas Anderes verlangt, als derselbe zu leisten verpflichtet ist. So ist sie namentlich ungültig, wenn sie von dem Schuldner Leistung an einem Orte verlangt, an welchem[2], oder zu einer Zeit, zu welcher derselbe nicht zu leisten verpflichtet ist[3]. Dagegen ist es nicht erforderlich, daß die Mahnung an dem Leistungsorte oder zu der Leistungszeit selbst erfolge[4]. Geschehen muß die Mahnung durch den Gläubiger, vorausgesetzt daß derselbe handlungsfähig ist[5]; oder durch Jemanden, der zur Vertretung des Gläubigers befugt ist[6]. In gleicher Weise muß die Mahnung gerichtet werden an den Schuldner[7], vorausgesetzt, daß derselbe handlungsfähig ist[8], oder an den zur Vertretung des Schuldners Befugten[9].

HGB. Art. 288 Abs. 2. „Die Uebersendung der Rechnung gilt für sich allein nicht als Mahnung".

[2] L. 32 pr. D. h. t. „Mora fieri intelligitur . . . ., si interpellatus oportuno loco non solverit, quod apud iudicem examinabitur".

[3] L. 49 §. 3 D. de V. O. 45. 1. „Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit, et servus decesserit, non videtur per eum stetisse".

[4] Dieß wird nicht allgemein anerkannt, und namentlich nicht was die Zeit der Mahnung angeht. Aber es folgt aus dem Begriff der Mahnung, und ein Gegenbeweis aus den Quellen kann nicht geführt werden. Die in Note 2 und 3 angeführten Stellen setzen offenbar voraus, daß Leistung gerade an dem Orte und zu der Zeit der Mahnung verlangt werde. Deßwegen glaube ich auch nicht, daß aus l. 32 pr. D. h. t. (Note 2) das Erforderniß hergeleitet werden dürfe, daß die Mahnung an einem passenden Ort geschehen müsse. Zwar sind in dieser Stelle die Worte „oportuno loco" nicht mit „non solverit" zu verbinden, sondern mit „interpellatus"; aber ihr Sinn ist doch der, daß die Mahnung ungültig sei — nicht wenn sie an einem unpassenden Orte erfolge, sondern — wenn sie an einem unpassenden Orte Leistung verlange.

[5] Mahnen kann nur, wer über die Forderung verfügen kann. Mommsen S. 51.

[6] L. 24 §. 2 D. h. t. Man könnte aus dieser Stelle entnehmen wollen, daß auch ein nicht autorisirter Vertreter des Gläubigers mahnen könne. Aber sie will ohne Zweifel dem negotiorum gestor nur in Betreff der aus seiner Geschäftsführung entstandenen Forderungsrechte die Befugniß zuerkennen, den Schuldner in Verzug zu setzen. Mommsen S. 53.

[7] L. 32 §. 1 D. h. t.

[8] L. 24 D. de V. O. 45. 1.

[9] Madai S. 53 fg., Wolff S. 271 fg., Mommsen S. 55, Sintenis II §. 93 Note 59.

Der Schuldner muß zwar der Mahnung sofort gehorchen; aber daraus folgt nicht, daß er gerade in demselben Momente leisten müßte, in welchem die Mahnung an ihn gestellt wird. Eine gewisse Zeit muß ihm für die Verwirklichung der Leistung immer gelassen werden; das Nähere ist dem richterlichen Ermessen anheimzugeben[10].

c. Wirkungen*.

§. 280.

Die Wirkung des Verzuges ist im Allgemeinen die, daß der Schuldner zur Leistung des Interesse verpflichtet ist[1]. Besondere Anwendungen dieses Satzes sind folgende[2].

---

[10] Auch auf diesen Fall beziehen sich die allgemeinen Aussprüche der l. 32 pr. D. h. t. und l. 91 §. 3 D. de V. O. 45. 1. Vgl. l. 105 D. de sol. 46. 3 (— „nec enim cum sacco adire debet"); auch l. 21 §. 12 D. de rec. 4. 8, l. 5 §. 1 D. de coll. 37. 6. Madai §. 14, Mommsen S. 63—65.

* Madai §. 44—55, Wolff §. 37—42, Mommsen §. 19—29.

[1] L. 36 §. 2 D. de usufr. 7. 1: — „aliud dici non posse ait, quam in id obligatum esse heredem, quanti legatarii intersit, moram factam non esse". L. 114 D. de V. O. 45. 1 (§. 278 Note 2). S. außerdem l. 9 §. 8 D. ad exh. 10. 4, l. 21 §. 3 l. 31 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 26 D. de leg. III° 32, l. 113 §. 1 D. de V. O. 45. 1. Seuff. Arch. II. 155, III. 136, V. 156. — Man hat dem Verzuge auch die Wirkung beilegen wollen, daß der Schuldner durch denselben das ihm zustehende Wahlrecht verliere. S. dagegen Mommsen S. 259 fg., Vangerow III §. 569 Anm. 1 Nr. 4 (§. 255 Note 11). Man hat ferner gesagt, daß bei gegenseitigen Verträgen der Gläubiger durch den Verzug des Schuldners das Recht gewinne, vom Vertrage zurückzutreten. Auch das ist nicht richtig; der Gläubiger hat nur das Recht, die Leistung des Schuldners zurückzuweisen, wenn sie ihm unbrauchbar geworden ist. Mehr läßt sich auch aus l. 24 §. 4 D. loc. 19. 2 nicht herleiten. Vgl. Mommsen S. 257. Hinzuzufügen ist jedoch: 1) es kann als stillschweigend bedungen erscheinen, daß der Verzug des einen Contrahenten dem andern ein Rücktrittsrecht geben solle; 2) es ist in's Auge zu fassen, ob nicht der Gläubiger dadurch besondere Rechte gewinnt, daß der säumige Schuldner zugleich in mora accipiendi sich befindet. Diese mora accipiendi kann namentlich relevant sein für die Entscheidung der Frage, ob nicht der Verkäufer die nicht abgenommene Waare weiter verkaufen dürfe. Darf er es, so entsteht der Schein eines Rücktrittsrechtes, welches in der That nicht vorhanden ist. Seuff. Arch. II. 154, III. 164, X. 155, XI. 141. 230. 232, XIV. 123; II. 154, (V. 156,) VIII. 351, XI. 139. 231. 232; IX. 139, XVI. §. 280.

1. Der Schuldner ist verpflichtet, dem Gläubiger allen Gewinn zu ersetzen, welchen derselbe bei rechtzeitiger Leistung von dem Leistungsgegenstande hätte ziehen können[3], namentlich[4] Früchte[5] und Zinsen[6]. Die Verzugszinsen betragen bei Geldschulden[7] 5%[8]. Sie fallen weg bei Schulden aus Schenkungen[9], bei Schulden

---

208. Thöl Handelsrecht §. 86. 87, Pauli im neuen Arch. f. Handelsr. III S. 123 fg. Unbedingtes Rücktrittsrecht gestattet beim Kaufvertrag das HGB. Art. 354—359. — Ueber andere vermeintliche Folgen der Mora s. Madai §. 55, Wolff S. 468—470, Mommsen §. 27; vgl. jedoch dazu im Text Nr. 4.

[2] Nicht die einzig möglichen, aber die am Häufigsten zur Sprache kommenden. Vgl. l. 3 D. de in lit. iur. 12. 3, l. 57 i. f. D. sol. matr. 24. 3.

[3] Omnis causa. L. 17 §. 1 D. de R. V. 6. 1, l. 8 D. h. t., l. 8 §. 6 D. de prec. 23. 26. Vgl. §. 258 Note 16.

[4] Vgl. außerdem l. 17 §. 1 D. de R. V. 6. 1, l. 14 pr. D. h. t., l. 39 §. 1 D. de leg. I° 30.

[5] L. 38 §. 15 D. h. t., l. 8 l. 39 D. eod., l. 39 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 26 D. de leg. III° 32, l. 18 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 17 §. 1 l. 62 D. de R. V. 6. 1. L. 39 §. 1 D. cit.: — „Fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos heres percepit, sed quos legatarius percipere potuit". Vgl. auch I §. 124 Note 6. Zur historischen Entwickelung: Gai. II. 280, Paul. S. R. III. 8. §. 4, l. 38 §. 7 D. h. t.

[6] L. 32 §. 2 D. h. t., l. 2 C. dep. 4. 34, l. 78 §. 2 l. 87 §. 1 D. de leg. II° 31, R. D. A. v. 1600 §. 139. Bei den stricti iudicii actiones machte den Römern auch hier die Formel Schwierigkeit, welche Schwierigkeit jedoch, wenn es sich um einen andern Leistungsgegenstand als Geld handelte, später überwunden worden ist. L. 22 D. de don. 39. 5, l. 1 C. de cond. ind. 4. 5, l. 4 C. de cond. ob. turp. caus. 4. 7, l. 3 C. de usur. 4. 32, l. 12 l. 23 eod. Seuff. Arch. I. 59. Vgl. auch §. 259 Note 9 und 10.

[7] Bei Forderungen auf andere fungible Sachen so viel, als der Gläubiger nachweisen kann, daß er bei rechtzeitiger Leistung von dem Kapital an Zinsen gezogen haben würde. Vgl. Seuff. Arch. IV. 103, X. 142.

[8] Wenn nicht der Gläubiger nachweisen will, daß er mehr hätte ziehen können. Nach römischem Recht konnten ohne weiteren Beweis nur ortsübliche Zinsen verlangt werden. Auf 5% hat der R. D. A. von 1600 §. 139 die Verzugszinsen beim Darlehn normirt; für die Ausdehnung auf alle Verzugszinsen ist die herrschende Meinung. Madai S. 359, Wolff S. 452, Mommsen S. 246, Fritz Erläut. II S. 56, Sintenis II S. 102. Die Ansicht Puchta's (§. 228. bb), daß der R. D. A. auch für das Darlehn die Verzugszinsen nicht auf 5% habe fixiren wollen, ist ohne Anklang geblieben. Vgl. die Bemerkung Rudorff's zu der angeführten Stelle. Seuff. Arch. XII. 14. — HGB. Art. 287: 6%.

[9] L. 22 D. de don. 39. 5. Doch ist die Beweiskraft dieser Stelle nicht

des Fiscus aus Contracten, welche er selbst abgeschlossen hat[10], bei fiscalischen Geldstrafen[11].

2. Tritt nach dem Verzug Unmöglichkeit der Leistung ein[12], so befreit dieselbe den Schuldner selbst dann nicht, wenn sie ohne seine Schuld eingetreten ist[13]. Nicht einmal das hilft dem Schuldner, daß er nachweisen kann, daß, wenn er auch zur rechten Zeit geleistet hätte, der Leistungsgegenstand dem Gläubiger dennoch verloren gegangen sein würde; der Gläubiger kann diese Entgegnung durch den Hinweis darauf beseitigen, daß, wenn er den Leistungsgegenstand gehabt hätte, er denselben vor dem Verluste in seinen Werth hätte umsetzen können. Erst wenn der Schuldner den Beweis führt, daß der Gläubiger einen solchen Umsatz nicht vorgenommen haben würde, ist er frei[15]. —

---

unbezweifelbar. Ueber l. 16 pr. D. h. t. und l. 1 pr. D. de poll. 50. 12 f. Madai S. 378—380, Mommsen S. 242, Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 267. Vgl. noch Mommsen S. 250—252.

[10] L. 17 §. 5 D. h. t., l. 2 C. de fisc. usur. 10. 8. Seuff. Arch. XVIII. 24.

[11] L. 9 D. de mag. conv. 27. 8, l. 1 C. de fisc. usur. 10. 8.

[12] Madai §. 44—47, Wolff §. 40, Mommsen §. 20, Savigny Syst. VI §. 273—276, Vangerow III §. 588 Anm. 3, Sintenis II S. 192—194.

[13] L. 5 D. de R. C. 12. 1, l. 12 §. 3 D. dep. 16 3, l. 25 §. 2 D. sol. mat. 24. 3, l. 39 §. 1 l. 108 §. 11 D. de leg. I° 30, l. 82 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 31 pr. D. de nov. 46. 2, l. 95 pr. D. de sol. 46. 3, l. 3 C. de us. et fr. 6. 47; l. 7 §. 2 l. 8 pr. l. 16 l. 20 D. de cond. furt. 13. 1, l. 1 §. 34 l. 19 D. de vi 43. 16, l. 1 C. de his quae vi 2. 20, l. 2 C. de cond. furt. 4. 8, l. 9 C. de furt. 6. 2. In diesem Sinne heißt es in den Quellen, daß durch den Verzug ein „perpetuari" der Obligation bewirkt werde, l. 24 §. 2 D. h. t., l. 91 §. 3 D. de V. O. 45. 1, l. 58 §. 1 D. de fidei. 46. 1.

[15] Die Frage, wie es sich mit der Verhaftung des Schuldners verhalte, wenn ihm nach dem Verzug die Leistung ohne seine Schuld unmöglich wird, und der Leistungsgegenstand dem Gläubiger auch bei rechtzeitiger Leistung (durch dasselbe oder ein anderes Ereigniß) verloren gegangen sein würde, war schon bei den Glossatoren streitig, und die Quellen gewähren in Betreff derselben ein reines Resultat nicht. Sucht man zunächst eine Entscheidung aus allgemeinen Grundsätzen zu gewinnen, so bietet sich eine doppelte Auffassung dar. Es kommt darauf an, für welchen Moment man annehmen will, daß durch den Verzug dem Gläubiger der Leistungsgegenstand entzogen worden sei; Ereignisse, welche nach diesem Momente eingetreten sind, sind für den

In gleicher Weise ist zu entscheiden, wenn der Leistungsgegenstand nach dem Verzuge verschlechtert, und dadurch für den Schuldner

---

Entschädigungsanspruch des Gläubigers gleichgültig, wenn sie auch den Verlust des Leistungsgegenstandes in gleicher Weise herbeigeführt haben würden (§. 258 Note 15). Als diesen Moment kann man nun möglicherweise den Moment ansehen, wo hätte geleistet werden sollen, aber nicht geleistet worden ist; dann kann der Schuldner darauf, daß der Gläubiger auch bei rechtzeitiger Leistung den Leistungsgegenstand verloren haben würde, sich nicht berufen. Man kann aber auch sagen: durch die damalige Nichtleistung ist dem Gläubiger nicht der Leistungsgegenstand entzogen worden, sondern nur ein Zeitvortheil in Beziehung auf denselben: der Leistungsgegenstand wird dem Gläubiger nur dadurch entzogen, daß er ihm überhaupt nicht, also auch jetzt nicht, geleistet wird. In diesem Fall kann der Schuldner alle Ereignisse, welche bis zum jetzigen Zeitpunkt den Verlust des Leistungsgegenstandes ebenfalls herbeigeführt haben würden, geltend machen, und der Gläubiger kann sich dem gegenüber seinen Entschädigungsanspruch nur durch den Gegenbeweis sichern, daß er den Leistungsgegenstand vorher in seinen Werth umgesetzt haben würde. Es scheint mir nicht bezweifelt werden zu dürfen, daß diese letztere Auffassung die richtigere ist. — Sieht man nun auf den Inhalt der Quellen, so ergibt sich Folgendes. 1) Auf der einen Seite stehen die in Note 13 genannten Stellen, welche mit vollkommener Unbedingtheit den Satz aussprechen, daß nach dem Verzug dem Schuldner auch die unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung nicht mehr zu Gute komme, und demgemäß dem Verzug die Wirkung einer „perpetuatio“ der Obligation zuschreiben. Diese Stellen weisen entschieden auf die erste der bezeichneten Auffassungen hin. 2) Von der anderen Seite ist aber auch die entgegengesetzte Auffassung nicht unvertreten. Es finden sich Stellen, in welchen der Zweifel nicht abgewiesen wird, ob der Schuldner auch dann verhaftet sei, wenn bei rechtzeitiger Leistung der Gläubiger den Leistungsgegenstand dennoch gegenwärtig nicht haben würde, bez. in welchen als Gegengewicht gegen diesen Zweifel auf die Möglichkeit des Verkaufes vor dem Verlust hingewiesen wird (l. 12 §. 4 D. ad exh. 10. 4, l. 14 §. 1 D. dep. 16. 3, l. 14 §. 11 D. quod metus c. 4. 2, l. 47 §. 6 D. de leg. I° 30, l. 20 §. 21 l. 40 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 15 §. 3 D. de R. V. 6. 1). Ob dieß aber in dem Sinne geschieht, daß der Gläubiger nur dann Entschädigung solle fordern dürfen, wenn er beweise, daß er verkauft haben würde, oder ob durch diese Hinweisung jener Zweifel ohne Weiteres als beseitigt gelten soll, ist schwer zu entscheiden. Ich habe mich früher (Heid. krit. Jahrb. II S. 556—558. III S. 263—265) für die erste Alternative ausgesprochen. Wenn ich jetzt meine Meinung zurücknehme, und mich für die zweite erkläre, so bestimmt mich dazu nicht die Betrachtung der vorerwähnten Stellen, in Beziehung auf welche ich auch jetzt noch der Meinung bin, daß sie eher für das Gegentheil sprechen, sondern vor Allem l. 3 §. 3 D. de A. E. V. 19. 1. In dieser Stelle wird gesagt, daß bei einer nach dem Verzuge eingetretenen Preismin-

eine Unmöglichkeit gehöriger Leistung herbeigeführt worden ist[16].

3. Das Gesagte gilt auch für den Fall, wenn der Leistungsgegenstand nach dem Verzuge eine Preisminderung erleidet[17]. Trotz dem daß es bei derselben ohne Weiteres feststeht, sowohl

derung der Gläubiger den höheren Werth der Zeit des Verzuges solle fordern können. Eine Preisminderung begründet eine partielle Unmöglichkeit der Erfüllung (Unmöglichkeit der Leistung des Leistungsgegenstandes in gehöriger Qualität); — für die partielle Unmöglichkeit können keine anderen Grundsätze gelten, als für die totale; — die Preisminderung würde gerade so eingetreten sein, wenn zur rechten Zeit geleistet worden wäre; — davon daß der Gläubiger nur dann einen Entschädigungsanspruch haben solle, wenn er vor der Preisminderung verkauft haben würde, enthält die Stelle keine Spur; — eine andere von mir früher vorgeschlagene Erklärung (Heid. krit. Zeitschr. III S. 265) thut ebenfalls der Stelle zu viel Gewalt an, als daß sie auf Anerkennung rechnen dürfte: — so sehe ich dieser Stelle gegenüber keinen Ausweg, und halte dafür, daß es schwieriger ist, sie zu Gunsten der vorerwähnten Stellen zu beugen, als das Umgekehrte, obgleich freilich auch dieß nicht leicht ist. Dazu kommt noch l. 8 §. 1 D. de cond. furt. 13. 1, welche mit der früher von mir vertretenen Ansicht nur dann vereinbar ist, wenn man den Juristen zu gleicher Zeit annehmen läßt, daß zwar die Werthsteigerung, nicht aber die Werthminderung, auch beim Gläubiger eingetreten sein würde. — Jedenfalls wird man auf Grund der bei Nr. 2 erwähnten Stellen nicht umhin können, dem Schuldner wenigstens die Möglichkeit offen zu halten, nachzuweisen, daß der Gläubiger nicht verkauft haben würde. — Für das so gewonnene Resultat ist denn auch die herrschende Meinung; s. namentlich Savigny, Mommsen und Vangerow a. a. OO. Für die Beweispflicht des Gläubigers in Betreff des Verkaufes sind Sintenis II §. 93 Note 44 (daß der Gläubiger verkauft haben würde), Unger S. 132 Note 10 (Absicht und Gelegenheit des Verkaufs), Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 196—197 (Gelegenheit des Verkaufs). Eine ganz unbedingte Verhaftung des Schuldners behaupten Madai S. 296 fg., Schilling in der Rec. des Madai'schen Buches krit. Jahrb. f. deutsche RW. Jahrg. 1838 S. 253. 254, Fritz Erläut. II S. 359 fg. Eine Mittelmeinung (s. namentlich Puchta §. 268. c, Sintenis II §. 93 Anm. 45) will unbedingte Verhaftung wenigstens beim Verzuge in Folge eines Delictes eintreten lassen; s. dagegen Mommsen S. 197, Vangerow S. 223.

[16] L. 8 §. 1 D. de cond. furt. 13. 1, l. 3 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 §. 2 D. sol. matr. 24. 3, l. 108 §. 11 D. de leg. I° 30, l. 37 D. mand. 17. 1. Auch in diesen Stellen, wie in denen der Note 13, wird eine Beschränkung der Verhaftung des Schuldners nicht hervorgehoben.

[17] Savigny Syst. VI §. 277, Mommsen §. 21. S. auch Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 253 fg.

daß der Schuldner an ihr nicht Schuld ist, als auch, daß sie den Gläubiger ebenfalls betroffen haben würde, wenngleich ihm zur rechten Zeit geleistet worden wäre, muß der Schuldner dennoch Ersatz für den höheren Werth der Zeit des Verzuges geben, wenn er nicht nachweisen kann, daß der Gläubiger den Leistungsgegenstand, wenn er ihn damals erhalten hätte, auch bis jetzt behalten haben würde[18]. Derjenige, welcher einem Andern eine Sache widerrechtlich entzogen hat, ist sogar zum Ersatz des höchsten Werthes der Zwischenzeit verpflichtet[19]. Ist der Leistungsgegenstand ganz oder theilweise untergegangen, so kann der Gläubiger in gleicher Weise den höheren Werth der bezeichneten Zeitpuncte verlangen, nicht minder aber auch, wenn eine Preissteigerung eingetreten ist, den höheren Werth der Jetztzeit, — das Letztere nur dann nicht, wenn der Schuldner beweisen kann, daß der Gläubiger nicht bis jetzt behalten haben würde[20].

---

[18] L. 3 §. 3 D. de A. E. V. 19. 1; s. auch l. 37 D. mand. 17. 1, welche Stelle sich so allgemein ausdrückt, daß sie auf den Fall der Preisminderung mit bezogen werden kann. Die Beschränkung wird auch hier nicht hervorgehoben. Seuff. Arch. IV. 21. 22, XV. 10, XVIII. 219. Vgl. I. 37. 44.

[19] L. 8 §. 1 D. de cond. furt. 13. 1; vgl. l. 50 pr. D. de furt. 47. 2. Von dieser Stelle gilt dasselbe, wie das in Note 18 von l. 37. D mand. Gesagte. — Andere (so z. B. Wolff S. 456, Puchta §. 268. f, Arndts §. 251. f) leiten aus diesen Stellen eine allgemeine Regel für alle Fälle des Verzuges her; s. dagegen Mommsen S. 208. 209, Sintenis §. 93 Note 41. Seuff. Arch. II. 152, IV. 103, XI. 140, XII. 135, XIII. 240.

[20] Der Gläubiger kann bei der Berechnung des ihm durch den Verzug zugefügten Nachtheils bis auf den Zeitpunkt hinabgehen, wo er Ersatz fordert (§. 258 Note 8). — Ist eine Preissteigerung bei noch vorhandenem Leistungsgegenstand eingetreten, so versteht es sich von selbst, daß der Schuldner für dieselbe keinen Abzug machen kann. Seuff. Arch. V. 263; vgl. II. 153, XV. 10. Für das classische römische Recht dagegen, welches nur eine Geldcondemnation kannte, war die Frage eine wohl aufzuwerfende, ob bei der Schätzung auch auf diesen höheren Werth der Jetztzeit Rücksicht zu nehmen sei. Sie wird bejahend beantwortet in l. 3 §. 3 l. 21 §. 3 D. de A. E. V. 19. 1. Die zuerst genannte Stelle enthält aber noch die weitere Bestimmung, daß der Kläger in gleicher Weise wie zwischen dem Werth der Zeit, zu welcher hätte geleistet werden sollen, und der Zeit der Klage, so auch zwischen dem Werth des Ortes, an welchem hätte geleistet werden sollen, und des Ortes der Klage die Wahl habe. Diese Bestimmung hat mit der Nothwendigkeit der Geldcondemnation alle Grundlage verloren, und ist deßhalb heutzutage unanwendbar. Es ist nicht abzusehen, weßwegen heutzutage, wenn auf Wein (die l. 3 §. 3 cit. handelt von einem Weinkaufe), der z. B. in Bordeaux hätte geliefert werden sollen, nach

4. Nach dem Verzuge hat der Tod des Berechtigten oder des Verpflichteten keinen Einfluß auf den Bestand des Forderungsrechtes[21]. Dagegen wird der Ablauf der Anspruchsverjährung durch den Verzug nicht unwirksam gemacht, während, wenn das Forderungsrecht durch Privatbestimmung auf eine gewisse Zeit beschränkt ist, der Verzug allerdings verhindert, daß der Schuldner durch Ablauf dieser Zeit befreit werde[22].

d. Aufhebung*.

§. 281.

Der Verzug hört auf:

1) dadurch, daß der Schuldner seiner Verpflichtung nachkommt,

---

dem Verzuge des Schuldners in Lübeck geklagt wird, der Richter auf Leistung in Lübeck erkennen sollte. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Madai S. 331, Mommsen S. 220, Windscheid S. 266, Wächter Erört. II S. 61, Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 257 fg. Seuff. Arch. II. 157.

[21] Dawider die herrschende Meinung. S. namentlich Mommsen S. 265—268. Aber es folgt aus dem Princip, und ist ausdrücklich anerkannt für die Dotalforderung, Ulp. VI. 7, fr. Vat. §. 95. 97. 112. Daß die Dotalforderung nach Justinianischem Rechte nicht mehr unvererblich ist, kann doch der Beweiskraft dieses Argumentes keinen Eintrag thun. Als Gegengrund führt man an, daß in den Quellen gesagt werde, es trete Vererblichkeit mit der Litiscontestation ein; der Schluß a contrario scheint mir hier mehr als bedenklich. Man beruft sich ferner darauf, daß das int. unde vi gegen die Erben des Verpflichteten nur auf die Bereicherung gehe. Aber es ist erklärlich, daß man bei Delictsobligationen eine besondere Behandlung eintreten ließ. Auf l. 59 §. 5 D. mand. 17. 1 darf man die hier vertheidigte Meinung freilich nicht gründen.

[22] Das Letztere folgt aus dem Princip, freilich nicht aus l. 59 §. 5 D. mand. 17. 1, auf welche Stelle es Manche stützen (Madai S. 402, Fritz Erläut. II S. 367, Unterholzner S. 122). Daß die Anspruchsverjährung durch den Verzug nicht ausgeschlossen werde, darf mit Sicherheit aus dem Schweigen der Quellen geschlossen werden; bei der Genauigkeit, mit welcher dieselben die Erfordernisse der Unterbrechung der Anspruchsverjährung bestimmen (§. 107), würden sie die Mahnung gewiß nicht übergangen haben, wenn sie der Ansicht gewesen wären, daß durch dieselbe die Verjährung auch nur indirect ausgeschlossen werde. Auch liegt bei der Anspruchsverjährung die Sache insofern anders, als bei derselben dasjenige, was den Schuldner befreit, nicht sowohl der Ablauf der Zeit als solcher ist, sondern die Unthätigkeit des Gläubigers während einer gewissen Zeit, so daß die Frage eine offene bleibt, was als gehörige Thätigkeit angesehen werden dürfe

* Madai §. 66—68, Wolff §. 45—47, Mommsen §. 34—35. §. 231

und dem Gläubiger gehörige Leistung anbietet[1], wozu aber auch gehört, daß er dem Gläubiger mit anbiete, worum seine Verpflichtung durch den Verzug gesteigert worden ist[2];

2) dadurch, daß der Gäubiger aufhört, auf sofortiger Leistung zu bestehen, indem er dem Schuldner Ausstand bewilligt[3], oder in sonstiger Weise von dem Verlangen sofortiger Leistung Abstand nimmt[4].

3) Der Verzug, welcher zu Gunsten ~~des Gläubigers eines Minderjährigen~~ ohne Mahnung eingetreten ist, hört auf mit der Großjährigkeit des Gläubigers[5]. In analoger Weise ist zu ent-

---

[1] L. 91 §. 3 l. 73 §. 2 D. de V. O. 45. 1, l. 17 D. de per. 18. 6, l. 26 D. sol. matr. 24. 3, l. 72 §. 1 D. de sol. 46. 3; l. 72 §. 3 eod., l. 8 pr. D. de cond. furt. 13. 1, l. 2 C. de cond. furt. 4. 8. Die Quellen sprechen in diesem Falle von purgatio oder emendatio morae. Seuff. XII. 256, XVIII. 220.

[2] Mommsen S. 323. 324. Auch hierauf bezieht sich ohne Zweifel die l. 91 §. 3 D. de V. O. 45. 1: — „esse enim hanc quaestionem de bono et aequo". Ist Verzicht auf das Recht, den Verzug durch gehörige Anbietung zu beseitigen, zulässig? Dagegen Mommsen S. 326; dafür Madai S. 497, Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 276. — Durch den Beginn des Processes wird dieses Recht nicht verloren, wie man auf Grund von l. 84 D. de V. O. 45. 1, l. 17 D. de pec. const. 13. 5 behauptet hat. Mommsen S. 328, Wächter Erört. III S. 26. 40.

[3] Von diesem Fall handelt l. 54 D. de pact. 2. 14. Vgl. über diese Stelle Mommsen S. 329 Note 1, Kniep Einfluß der bedingten Novation auf die Obl. S. 104—106, Windscheid krit. VJSchr. II S. 245 unt., Römer bedingte Novation S. 216—220. Der letztere Schriftsteller leugnet, daß der Verzug durch eine Fristbewilligung beendigt werde. Kniep a. a. O. (vgl. noch S. 116. 117) behandelt die Frage als eine Auslegungsfrage.

[4] Hierher gehört unter Anderem auch der Fall, wo der Schuldner sich hinterher bereit erklärt, vor den Richter zu gehen, dann aber der Gläubiger die Klage nicht erhebt. Daß dadurch der Verzug aufhört, ist unzweifelhaft; aber man darf sich dafür nicht auf l. 32 §. 1 l. 47 D. h. t. berufen. (Diese Stellen handeln von dem Fall, wo der Schuldner auf geschehene Mahnung sich sogleich zur Uebernahme des Processes bereit erklärt, dann aber der Gläubiger „omittit repetendi debiti instantiam"; in welchem Falle keine rechte Mahnung vorliegt, und der Schuldner in Verzug gar nicht kommt.) Dem Schuldner gegenüber, welcher durch Delict in Verzug ist, schadet die Nichterhebung des Processes nicht, l. 20 D. de cond. furt. 13. 1, vgl. l. 19 D. de vi 43. 16.

[5] L. 87 §. 1 D. de leg. II° 31 (§. 278 Note 11).

scheiden in Betreff des Verzuges, welcher gegen den Abwesenden (§. 278 Nr. 4) ohne Mahnung eingetreten ist[6]. Daß endlich

4) der Verzug auch aufhört, wenn das Forderungsrecht selbst aufhört, versteht sich von selbst[7]. Durch das Aufhören des Forderungsrechtes wird aber nicht bloß bewirkt, daß der Schuldner fortan nicht mehr in Verzug sei, sondern es wird dadurch der Schuldner auch von derjenigen Steigerung seiner Verbindlichkeit befreit, welche der Verzug bereits erzeugt hat[8]. Dieß nur dann nicht, wenn der Gläubiger bei der Leistungsannahme sich die Verzugsrechte ausdrücklich oder stillschweigend vorbehalten hat[9].

F. Ort der Leistung*.

§. 282.

Der Ort der Leistung kann möglicherweise durch die Natur der Leistung in der Weise bestimmt sein, daß Leistung an einem andern Orte gar nicht möglich ist[1]; es versteht sich von selbst,

---

[6] Madai S. 224; a. M. Mommsen S. 320 Note 2. In l. 32 §. 1 D. h. t. findet dieser Satz freilich keine Stütze.

[7] Im Besonderen von der Aufhebung des Forderungsrechtes durch Novation: l. 8 pr. D. de nov. 46. 2, l. 17 D. de cond. furt. 13. 1; über l. 29 §. 1 D. de V. O. 45. 1 s. Liebe Stipulation S. 286 fg., Mommsen S. 331 Note 4, Windscheid krit. Ueberschau II S. 246, Kniep (s. unten) S. 77—94, Römer (s. unten) S. 147—159, Salkowski (s. unten) S. 291—303). Bedingte Novation: l. 14 pr. l. 31 pr. D. de nov. 46. 2, l. 72 §. 1—3 D. de sol. 46. 3, l. 56 §. 8 D. de V. O. 45. 1. Vgl. (für Beides, bedingte und unbedingte Novation) Kniep Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation S. 31 fg. und dazu Windscheid krit. VJSchr. II S. 242 fg., Römer die bedingte Novation S. 142 fg. und dazu H. Witte krit. VJSchr. VI S. 48—52, v. Salpius Novation und Delegation S. 152 fg., Salkowski zur Lehre von der Novation S. 285 fg. 458 fg.

[8] Denn der Verzug erzeugt nicht ein neues Forderungsrecht, sondern bewirkt nur eine besondere Gestaltung des ursprünglichen. Vgl. Römer a. a. O. S. 163 fg. A. M. Salkowski a. a. O. S. 303—304.

[9] Das Letztere ist nicht allgemein anerkannt, s. §. 259 Note 10. Wolff S. 505 fg. und Mommsen S. 330—331 schreiben dem Vorbehalte nur die Wirkung zu, dem Gläubiger eine naturalis obligatio zu erhalten. Irrig auch Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 277.

* Reatz die Lehre vom Erfüllungsort (1862). Unterholzner I §. 108, §. 282. Savigny Syst. VIII §. 370. Obl. I §. 49, Sintenis II §. 92.

[1] So namentlich bei allen Leistungen factischer Natur, welche sich auf unbewegliche Sachen beziehen.

daß dann Leistung auch nur an diesem Orte gefordert werden kann. Der Ort der Leistung kann ferner durch die Willkür der Parteien bestimmt sein; auch in diesem Falle kann die Leistung an keinem andern Orte, als dem bestimmten, gefordert werden[2]. Eine solche Bestimmung braucht nicht mit ausdrücklichen Worten getroffen zu sein; es genügt, daß die Auslegung sie als gewollt erkennen kann[3]. Ist ein Leistungsort nicht bestimmt, so ist die Regel die, daß der Gläubiger Leistung an jedem Orte fordern darf, an welchem er im Falle der Weigerung eine Verurtheilung des Schuldners zu erlangen vermag und wirklich erlangt[4]. Diese

---

[2] §. 33 I. de act. 4. 6, l. 47 pr. §. 1 D. de leg. I° 30. — Bei den Römern ergab sich in diesem Falle unter Umständen eine Schwierigkeit aus dem Satze, daß der Judex nur auf den Ort des Gerichtes verurtheilen konnte. Wurde daher an einem andern, als dem bestimmten Orte geklagt, und die der Obligation entsprechende Formel war nicht so weit, daß sie dem Judex die Befugniß gewährte, den Unterschied zwischen dem Werth der Leistung an dem festgesetzten Orte und ihrem Werthe am Gerichtsorte in Anschlag zu bringen, so konnte der Judex gar nicht verurtheilen. In einem solchen Falle half aber der Prätor durch eine actio arbitraria (s. g. actio de eo quod certo loco), durch welche er dem Judex die ihm an und für sich fehlende Reductionsbefugniß dennoch gewährte. Dig. 13. 4, Cod. 3. 18. Es liegt auf der Hand, daß diese actio arbitraria heutzutage ohne alle Bedeutung ist. Heutzutage wird, wo auch geklagt werden mag, auf den festgesetzten Leistungsort verurtheilt, und eine Schätzung tritt nach allgemeinen Grundsätzen nur dann — und nur zu Gunsten des Gläubigers — ein, wenn der Schuldner im Verzuge oder die Leistung unmöglich ist. Wächter Erörterungen II S. 122 Note 119. Ueber das römische Recht s. dens. das. S. 58—61, Bethmann-Hollweg Versuche S. 37—45. — Alternative Bestimmung des Ortes: l. 2 §. 3 D. de eo quod certo loco 13. 4; vgl. darüber die bei §. 255 Note 11 Citirten.

[3] L. 47 pr. D. de leg. I° 30: „ubi testator voluit, vel ubi verisimile est, eum voluisse". §. 1 eod.: — „nisi alia mens fuit testantis". L. 50 pr. l. 52 § 1. 2 D. de iud. 5. 1. Vgl. Savigny Syst. VIII S. 214—226, Reatz §. 3. Im Besonderen läßt sich nicht ohne Grund annehmen, daß beim Leihvertrage die Absicht der Contrahenten auf ein Zurückbringen der geliehenen Sache gehe. Vgl. l. 12 §. 1 D. comm. 13. 6. — HGB. Art. 324 Abs. 1. „Die Erfüllung des Handelsgeschäftes muß an dem Orte geschehen, welcher im Vertrage bestimmt oder nach der Natur des Geschäftes oder der Absicht der Contrahenten als Ort der Erfüllung anzusehen ist".

[4] Die Quellen sagen, die Leistung müsse an demjenigen Orte gemacht werden, an welchem auf dieselbe geklagt werde. L. 38 de iud. 5. 1, l. 47 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 1 D. de annuis 33. 1; l. 11 §. 1 D. ad exh. 10. 4, l. 12 §. 1 D. dep. 16. 3, l. 47 pr. D. de leg. I° 30; vgl. l. 22 D. de

Regel erleidet jedoch Ausnahmen. 1) Wenn die Forderung auf Uebergabe einer individuell bestimmten Sache oder Quantität gerichtet ist, so braucht der Schuldner nur an dem Orte zu leisten, wo der Leistungsgegenstand sich befindet, jedoch mit der doppelten Maßgabe, einmal, daß dieser Vortheil ihm nicht zu Gute kommt, wenn er den Leistungsgegenstand unredlicher Weise an einen andern Ort gebracht hat, und sodann, daß er jedenfalls genöthigt werden kann, den Leistungsgegenstand, wenn der Gläubiger es verlangt, auf dessen Gefahr und Kosten an denjenigen Ort

R. C. 12. 1, l. 4 D. de cond. trit. 13. 3. An welchem Orte kann aber der Gläubiger die Leistung ohne Klage fordern, mit der Wirkung, daß die Verweigerung der Leistung an diesem Orte Unrecht ist, und der Schuldner dadurch in Verzug kommt? Die Quellen beantworten diese Frage nicht ausdrücklich; man muß annehmen, daß sie die Beantwortung derselben für selbstverständlich gehalten haben. Daraus ergibt sich die im Text aufgestellte Regel. Der Gläubiger kann Leistung an jedem Orte verlangen, an welchem ein Gerichtsstand des Schuldners begründet ist; erhebt er aber die Klage gegen den die Leistung an diesem Orte verweigernden Schuldner nicht an diesem Orte, sondern an einem andern Orte, an welchem der Schuldner ebenfalls seinen Gerichtsstand hat, so liegt darin ein Verzicht auf die Beschaffung der Leistung an dem zuerst bezeichneten Orte, so daß das Unrecht, welches der Schuldner durch die Weigerung begangen hat, nun wieder aufgehoben, und er nie im Verzuge gewesen ist. — Wächter Erört. II S. 123, Mommsen Beitr. III S. 224—226, Reatz S. 25 fg. 74 fg. halten die römische Regel für unanwendbar. Ihre Gründe scheinen mir nicht überzeugend. In Betreff des Ortes, welcher heutzutage an die Stelle des Klageortes zu treten habe, stellen die beiden ersten Schriftsteller eine Regel nicht auf. Reatz bezeichnet als diesen Ort bei Obligationen zum Vortheil des Gläubigers den Wohnort des Schuldners, bei Obligationen zum Vortheil des Schuldners (S. 83 fg.) das „Quasi-Domicil" bez. den „Bestimmungsort" des zu Leistenden (auf Grund von l. 61 §. 5 D. de furt. 47. 2, l. 7 D. test. quemadm. 29. 3). Dabei hält er dafür, daß Kauf-, Mieth- und Darlehnsvertrag als zum Vortheil des Käufers, Miethers und Darlehnsempfängers abgeschlossen anzusehen seien (S. 94 fg.). Ueber den Erfüllungsort bei Obligationen, bei welchen „kein Theil einen Vortheil hat", handelt Reatz §. 22. — HGB. Art. 324. Abs. 2. „Fehlt es an diesen Voraussetzungen (Note 3), so hat der Verpflichtete an dem Orte zu erfüllen, an welchem er zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte". Nur Geldzahlungen soll umgekehrt der Schuldner dem Gläubiger an dessen Handelsniederlassungs- oder Wohnort auf seine (des Schuldners) Gefahr und Kosten übermachen müssen (Art. 325). Diese Bestimmungen sind wiederholt für den Kaufvertrag in Art. 342. — Seuff. Arch. VII. 292, X. 24.

zu schaffen, an welchem der Gläubiger ihn gemäß der Regel fordern kann[5]. 2) Vermächtnisse brauchen nur an dem Orte ausgezahlt zu werden, wo sich der größere Theil der Erbschaft befindet[6]. —

Eine andere Frage ist es, an welchem Orte der Schuldner berechtigt ist, zu leisten, d. h. durch Leistung dem Forderungsrecht Genüge thut, und daher von dem Gläubiger Annahme der Leistung verlangen kann? Auf diese Frage ist zu antworten: 1) ist ein Leistungsort bestimmt, so darf der Schuldner nur an diesem Orte leisten, der Ort müßte denn lediglich in seinem Interesse bestimmt sein[7]; 2) ist kein Leistungsort bestimmt, so darf der Schuldner, wenn er das zu Leistende dem Gläubiger zu bringen hat, an jedem Orte leisten, wo er den Gläubiger findet, vorausgesetzt,

---

[5] L. 38 D. de iud. 5. 1, l. 11 §. 1 D. ad exh. 10. 4, l. 12 §. 1 D. dep. 16. 3, l. 26 §. 1 l. 47 pr. §. 1 l. 108 pr. D. de leg. I° 30. S. ferner l. 1 §. 3 l. 2 pr. l. 4 §. 2 l. 5 D. de per. et comm. 18. 6, l. 9 D. de A. E. V. 19. 1. Auch l. 3 §. 4 D. eod. gehört wohl hierher, da unter „vinum quod a Brundusio venit“ kaum etwas Anderes verstanden werden kann, als: in Brundusium lagernder Wein (vgl. übrigens Mommsen Beitr. III S. 217, Reatz S. 44—46). Bei stricti iudicii actiones hatte der Schuldner diesen Vortheil nicht, l. 12 §. 1 dep. cit., l. 137 §. 4 D. de V. O. 45. 1. Mommsen S. 215—218, Reatz §. 9—11. 13—18. — Der letztere Schriftsteller behauptet (§. 17), daß heutzutage der Gläubiger Transport der Sache (auf seine Gefahr und Kosten) an einen beliebigen von ihm zu bezeichnenden Ort verlangen könne. Derselbe Schriftsteller gibt (S. 82 unt.) dem Gläubiger das Recht, Zusendung auf seine Gefahr und Kosten zu verlangen, auch in Betreff generisch bestimmter Sachen, namentlich also auch in Betreff verkaufter nicht individuell bestimmter Quantitäten (S. 103 fg.). Dagegen Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 421. 427—428. — HGB. Art. 324 Abs. 2 a. E. (vgl. Note 3. 4): „Wenn jedoch eine bestimmte Sache übergeben werden soll, welche sich zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Wissen der Contrahenten an einem andern Ort befand, so geschieht die Uebergabe an diesem Orte“. Seuff. Arch. IV. 91.

[6] L. 50 pr. D. de iud. 5. 1, l. un. C. ubi fideic. 3. 17. In diesen Stellen wird der im Text genannte Satz nur für Fideicommisse anerkannt; es ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß die in denselben vertretene freiere Entwicklung im Sinne des Justinianischen Rechtes als für Vermächtnisse überhaupt geltend angesehen werden muß. Bethmann-Hollweg Vers. S. 48 Note 110, Mommsen S. 217 Note 11, Reatz S. 80.

[7] L. 2 §. 7 l. 9 D. de eo quod certo loco 13. 4, l. 122 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 9 C. de sol. 8. 43. Reatz S. 15. 20.

daß der Ort kein unpassender ist[8]; hat der Gläubiger zu holen, so darf der Schuldner an seinem Wohnorte leisten[9].

G. Steigerung der Macht des Gläubigers.

1. Ueberhaupt.

§. 283.

Die dem Gläubiger durch das Forderungsrecht gewährte Macht kann in künstlicher Weise gesteigert werden: 1) durch den Eid des Schuldners; 2) dadurch, daß der Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit noch einmal verspricht; 3) durch Festsetzung einer Strafe für den Fall der Nichtleistung (s. g. Conventionalstrafe); 4) durch Verknüpfung eines Pfandrechtes mit der Forderung; 5) durch Herbeiziehung eines Dritten, welcher auf dieselbe Leistung haftet. Die Steigerung, welche der Eid des Schuldners der Macht des Gläubigers gewährt, ist nicht von rechtlicher, sondern nur von factischer Natur, insofern der Schuldner durch den Eid in seinem Gewissen gebunden wird; die Frage, ob ein an und für sich ungültiges Versprechen durch einen hinzugefügten Eid zu einem gültigen gemacht werden kann, gehört nicht hierher (s. I §. 83[a]). Vom Pfandrecht ist bereits oben

---

[8] L. 39 D. de solut. 36. 3: — „quid enim si inoportuno . . . loco obtulerim?“ Etwa es wird dem Gläubiger angeboten, während er sich auf einer Vergnügungsreise befindet.

[9] Auszugehen ist davon, daß die Unbestimmtheit des Forderungsrechtes in Beziehung auf den Leistungsort, sobald der Gläubiger von seinem Rechte, denselben zu bestimmen, keinen Gebrauch macht (Note 4), dem Schuldner zu Gute kommen muß; daher die Regel zu Note 8. Von der anderen Seite hat der Gläubiger, wenn er zu holen hat, nicht überhaupt zu holen, sondern beim Schuldner zu holen, und der Schuldner befindet sich für das Recht da, wo er seinen Wohnsitz hat. Derselbe Gegensatz, wie zwischen Bringen und Holen, macht sich da geltend, wo das Forderungsrecht auf Verrichtung einer Arbeit gerichtet ist: hat der Schuldner sich zur Verrichtung der Arbeit beim Gläubiger einzustellen, oder hat der Gläubiger die Arbeit beim Schuldner abzunehmen? Alles Vorstehende natürlich immer unter der Voraussetzung, daß auch nicht stillschweigend ein Leistungsort bestimmt sei. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Puchta §. 246. i und Vorl. dazu, Sintenis II S. 174—176, Savigny Obl. I S. 514—516, Mommsen Beiträge III S. 223—224, Reatz S. 21 fg.

gehandelt worden (I §. 224 fg.), von der Herbeiziehung eines ferneren Verpflichteten wird unten gehandelt werden (§. 476 fg.). Vom Erfüllungsversprechen und von der Conventionalstrafe ist hier näher zu handeln.

2. Erfüllungsversprechen*.

§. 284.

Wenn der Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit dem Gläubiger noch einmal verspricht[1], so hat der Gläubiger zwei Forderungsrechte auf eine und dieselbe Leistung, von denen aber jedes durch die Erfüllung des andern getilgt wird[2]. Immerhin ist es für den Gläubiger nicht ohne praktischen Werth, daß er auf die geschuldete Leistung ein zweites Forderungsrecht hat[3]. Es kann jetzt das ursprüngliche untergehen, ohne daß er das Recht auf die Leistung verliert[4]. Von der anderen Seite darf man freilich nicht sagen, daß das neue Forderungsrecht den Untergang des ursprünglichen in allen Fällen überdauere; es kommt auf die Natur und Tragweite der betreffenden Aufhebungsthatsache an[5]. Ein anderer Vortheil, welchen das Erfüllungsversprechen dem Gläubiger zu gewähren im Stande ist, ist von spe-

---

§. 284. * Dig. 13. 5 de pecunia constituta. Cod. 4. 18 de constituta pecunia. — Bruns das constitutum debiti, Zeitschr. f. RGesch. I. 2 (1861). Glück XIII S. 361—425; Unterholzner II §. 761—764, Sintenis II S. 310—314.

[1] Das römische Recht gewährte aus einem Erfüllungsversprechen ein Klagerecht auch ohne Stipulationsform. Die technische Bezeichnung des römischen Rechts für das (formlose) Erfüllungsversprechen ist constitutum (constituere se soluturum, constituere debitum, constituere decem, Stichum etc. Bruns §. 1).

[2] L. 18 §. 3 D. h. t.

[3] Bruns S. 105—109.

[4] So z. B. durch Verjährung, l. 18 §. 1 D. h. t. (Bruns a. a. O. und S. 71—73); durch den Tod des Gläubigers oder Schuldners (Bruns S. 107). Ferner gehört der Fall hierher, wenn bei der actio de peculio das Peculium, oder bei einer Forderung, welche eine Bereicherung voraussetzt, die Bereicherung wegfällt oder schwindet (l. 1 §. 8 l. 19 §. 2 l. 20 D. h. t.). Vgl. auch l. 28 D. de nov. 46. 2.

[5] Vgl. l. 3 D. de resc. vend. 18. 5, l. 36 D. de iurei. 12. 2. S. §. 301 Note 4—7.

ciellerer Art; der Correalgläubiger schließt dadurch, daß er von dem Schuldner ein Erfüllungsversprechen erlangt, seinen Mitgläubiger von dem Forderungsrecht aus[6].

Das Erfüllungsversprechen setzt eine bestehende Schuld voraus; ist eine Schuld nicht vorhanden, so ist es nichtig[7]. Ebenso gehen die rechtlichen Beschränkungen der alten Schuld auf die durch das Erfüllungsversprechen begründete neue über[8]; es müßte denn das Gegentheil ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht sein.

Uebrigens braucht das Erfüllungsversprechen nicht genau auf die geschuldete Leistung gerichtet zu sein. Es kann an dem Inhalt oder der Modalität derselben etwas, zu Gunsten des Gläubigers oder des Schuldners, geändert werden[9]. Nur wenn das Erfüllungsversprechen auf Mehr geht, als der Schuldner schuldig ist, ist es kein Erfüllungsversprechen mehr, sondern Begründung einer auch materiell neuen Schuld[10]. Geht das Erfüllungsversprechen nicht genau auf die geschuldete Leistung, so liegt es möglicherweise in der Absicht der Parteien, daß durch dasselbe

---

[6] L. 10 D. h. t. Vgl. §. 296 Note 2.

[7] L. 1 §. 1 l. 18 §. 1 l. 3 §. 1 D. h. t.; l. 1 §. 5. 8 l. 11 §. 1 l. 12 l. 24 eod. Bestehen einer Schuld ist für das Leistungsversprechen eine durch den Inhalt des Versprechens gegebene Bedingung, nicht bloße Voraussetzung. L. 31 D. h. t. Es reicht aber eine natürliche Verbindlichkeit hin, l. 1 §. 7 D. h. t., jedoch nicht jede (s. §. 288 Note 4 und §. 289). Ob die Verbindlichkeit an und für sich nicht vorhanden, oder durch Einrede entkräftet ist, macht keinen Unterschied, l. 3 §. 1 D. h. t. (a. M. Seuff. Arch. XVI. 91). — Mit dem Erfüllungsversprechen kann eine Anerkennung der Schuld, deren Tilgung versprochen wird, verbunden sein; aber nothwendig ist dieß nicht. Bruns S. 77—78. 93—94; vgl. Bähr Anerkennung S. 170—171.

[8] So namentlich die dem Schuldner zustehende Rechtswohlthat der Lebensnothdurft, l. 3 pr. D. h. t., l. 33 pr. D. de don. 39. 5. Vgl. l. 8 D. de iud. 5. 1, mit welcher Stelle l. 5 §. 1 D. h. t. dadurch zu vereinigen ist, daß die letztere Stelle auf ein Versprechen, in Rom zu zahlen, bezogen wird.

[9] L. 1 §. 5 D. h. t. (Getreide statt Geld), l. 25 pr. eod. (einer der mehreren alternativ geschuldeten Gegenstände), l. 8 l. 30 eod. (Hinzufügung oder Wegnahme eines solutionis causa adiectus, vgl. l. 59 D. de sol. 46. 3, Bruns S. 82 Note 75), l. 4 l. 5 pr. l. 16 pr. eod. (andere Zeit und anderer Ort der Leistung).

[10] Nach römischem Rechte war es in diesem Falle klaglos. L. 1 §. 8 l. 11 §. 1 l. 12 l. 24 D. h. t.

das bestehende Forderungsrecht aufgehoben werden soll[11]. Ist dieß nicht der Fall, so kann jedenfalls das alte Forderungsrecht nicht mehr in Widerspruch mit dem in dem Erfüllungsversprechen erklärten Willen der Parteien geltend gemacht werden[12].

Endlich kann das Erfüllungsversprechen auch durch einen Andern als den Schuldner[13], und zu Gunsten eines Andern als des Gläubigers[14], abgegeben werden. Beide Anwendungen desselben gehören nicht hierher[15].

3. Conventionalstrafe*.

§. 285.

Eine Conventionalstrafe ist eine Strafe, welche der Schuldner dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit verspricht. Eine Conventionalstrafe kommt am häufigsten vor bei vertragsmäßig begründeten Forderungsrechten, und zwar in der Weise, daß sie sogleich bei Abschluß des Vertrages versprochen wird. Sie kann aber auch nach bereits begründetem Forderungsrecht versprochen werden, und nicht bloß, wenn das Forderungsrecht ein vertragsmäßiges ist.

1. Wann verfällt die Strafe? Geht das Forderungsrecht auf ein Unterlassen, so verfällt die Strafe, sobald der Schuldner

---

[11] Das Erfüllungsversprechen bewirkt möglicherweise eine Novation, aber nicht nothwendigerweise. L. 28 D. h. t., l. 15 D. de in rem verso 15. 3. Bruns S. 80. 115—117. A. M. Kuntze die Obligation §. 48.

[12] L. 25 pr. D. h. t. „Illud aut illud debuit, et constituit alterum: an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est? Dixi, non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere". Bruns S. 81.

[13] Constitutum debiti alieni. L. 2 l. 5 §. 2—4 l. 26—28 D. h. t. Bruns S. 97—101.

[14] L. 5 §. 2. 6. 7 l. 7 §. 1 D. h. t. Bruns S. 101—102.

[15] Im ersten Fall liegt Hereinziehung eines anderen Verpflichteten, im zweiten keine Steigerung der Macht des Gläubigers vor.

§. 285. * Unterholzner I §. 122. 123, Savigny Obl. II §. 80, Vangerow III §. 614, Sintenis II S. 109—120, Holzschuher III S. 344—350. Wolff zur Lehre von der Mora S. 36 fg. Liebe Stipulation §. 24. v. Salpius Novation und Delegation S. 239—243. Salkowski zur Lehre von der Novation S. 194—213.

thut, was er nach Inhalt seiner Verbindlichkeit nicht thun soll[1]. Geht das Forderungsrecht auf ein Thun, und für das Thun ist eine bestimmte Zeit vorgeschrieben, so verfällt die Strafe, sobald diese Zeit verstrichen ist, ohne daß der Schuldner gethan hat; Mahnung ist nicht erforderlich[2]. Ist für das Thun eine bestimmte Zeit nicht vorgeschrieben, so kommt es auf den Sinn des Strafversprechens an. Möglicherweise ist sein Sinn der, daß die Strafe verfallen solle, wenn der Schuldner auf Anfordern des Gläubigers nicht leiste[3]; im Zweifel wird aber als Sinn des Strafversprechens anzunehmen sein, daß die Strafe verfallen solle, wenn nicht sofort geleistet werde[4]. Jedoch darf auch in diesem letzteren Falle nicht nur dieses „sofort" nicht buchstäblich genommen werden[5], sondern es kann sich auch der Schuldner durch Nachholung der Leistung bis zum Beginn des Processes immer noch von der Strafe befreien[6]. Möglicherweise endlich kann die Mei-

---

[1] L. 122 §. 6 D. de V. O. 45. 1.

[2] L. 23 D. de O. et A. 44. 7, l. 12 C. de contr. emt. 8. 38, vgl. l. 23 pr. D. de rec. 4. 8. Seuff. Arch. IX. 32; s. aber auch XIV. 134. Ist es sicher, daß dasjenige, was gethan werden soll, bis zu der bestimmten Zeit nicht mehr vollbracht werden kann, so kann die Strafe auch schon vor Ablauf der bestimmten Zeit eingefordert werden. L. 113 pr. D. de V. O. 45. 1. Seuff. Arch. II. 278. Eine Milderung für einen besonderen Fall enthält l. 8 D. si quis caut. 2. 11.

[3] Ganz klar ist dieß z. B. in dem Fall, wo ein Darlehnsschuldner eine Strafe verspricht, ohne daß über die Rückzahlungsfrist etwas ausgemacht wird. Ein anderes Beispiel in l. 24 pr. D. quando dies 36. 2, deren Fall freilich entgegengesetzt entschieden wird in l. 19 pr. eod., l. 1 D. de penu leg. 33. 9, l. 115 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Vgl. Note 16.

[4] L. 115 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Vgl. auch die anderen in der vorigen Note zuletzt citirten Stellen, und über die verschiedenen Ansichten Fritz Erläut. II S. 318, Wolff a. a. O. S. 51 fg. 70 fg., Vangerow a. a. O. Nr. III. 2, Sintenis II §. 88 Anm. 12 a. E. Seuff. Arch. III. 37, VI. 172.

[5] L. 21 §. 12 D. de rec. 4. 8. „Intra quantum autem temporis, nisi detur quod arbiter iusserit, committatur stipulatio, videndum est. Et si quidem dies adiectus non sit, Celsus scribit libro secundo Digestorum inesse quoddam modicum tempus: quod ubi praeterierit, poena statim peti potest". Seuff. Arch. III. 37.

[6] Die in der vorigen Note citirte Stelle fährt fort: „et tamen, inquit, et si dederit ante acceptum iudicium, agi ex stipulatu non poterit". L. 52 eod. „Si, qui iussus est (ab) arbitro ex compromisso solvere pecu-

nung der Vertragschließenden auch die sein, daß der Schuldner leisten dürfe, wann er wolle, und daß die Strafe nur dann verfallen solle, wenn die Leistung überhaupt nicht erfolge; in diesem Falle kann die Strafe nicht eher gefordert werden, bis es sicher geworden ist, daß die Leistung nicht erfolgen wird[7].

2. Theilweise Erfüllung wendet weder den Verfall der Strafe überhaupt, noch auch den Verfall der ganzen Strafe ab; es müßte denn ersichtlich sein, daß die Parteien das Gegentheil gewollt haben[8].

3. Wird dem Schuldner die Erfüllung ohne seine Schuld unmöglich, so ist er nach der Absicht der Parteien im Zweifel auch von der Strafe frei[9]. Dagegen kommt ihm unverschuldete Unmöglichkeit rechtzeitiger Erfüllung im Zweifel nicht zu Gute[10], vorausgesetzt daß das Hinderniß rechtzeitiger Erfüllung nicht an

---

niam, moram fecerit, poenam ex compromisso debet; sed postea solvendo poena liberatur". L. 122 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Vgl. I §. 125 Note 12 a. E.

[7] L. 115 pr. D. de V. O. 45. 1.

[8] Vgl. l. 47 D. de A. E. V. 19. 1, l. 9 §. 1 D. si quis caut. 2. 11. Anwendung auf den Fall, wo sich das Forderungsrecht durch Erbgang auf mehrere Schuldner oder Gläubiger zerspaltet: l. 25 §. 13 D. fam. herc. 10. 2, l. 5 §. 3. 4 l. 85 §. 6 D. de V. O. 45. 1; l. 2 §. 6 l. 3 eod. Seuff. Arch. II. 277, VI. 171.

[9] Es darf im Zweifel nicht angenommen werden, daß die Parteien durch die Strafstipulation die Verbindlichkeit dem Einfluß gesetzlich anerkannter Aufhebungsgründe haben entziehen wollen. Seuff. Arch. III. 37, XVI. 205; vgl. auch XIII. 217.

[10] Es muß im Zweifel angenommen werden, daß die Parteien die Strafe in dem Sinne verabredet haben, um den Gläubiger auf alle Fälle gegen die Nachtheile verspäteter Erfüllung zu sichern. L. 77 D. de V. O. 45. 1. „Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas eius adita". Ebenso l. 21 §. 9 D. de rec. 4. 8, l. 9 D. de naut. foen. 22. 2. In l. 23 D. de O. et A. 44. 7 ist nicht von dem Gegensatz zwischen Schuld und Schuldlosigkeit des Schuldners, sondern davon die Rede, ob die Versäumung der rechten Zeit ihren Grund im Schuldner oder im Gläubiger hat (vgl. l. 51 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 49 §. 2 D. de V. O. 45. 1). L. 115 §. 2 D. de V. O. 45. 1 will nur sagen, daß bei nicht festgesetztem Leistungstermine dem Schuldner die durch die Natur der Leistung bedingte Zeit gelassen werden müsse.

dem Gläubiger selbst liegt[11]. Jedoch können auch hier die Parteien etwas Abweichendes gewollt haben[12].

4. Ebenso ist es eine reine Auslegungsfrage, welchen Einfluß der Verfall der Strafe auf die Hauptverbindlichkeit hat[13]. Die Parteien können gewollt haben, daß: a) der Gläubiger neben der Strafe auch noch die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit solle fordern dürfen[14], oder b) nach seiner Wahl die Strafe oder die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit[15], oder endlich c) nur die

---

[11] L. 1 §. 3 D. de eo per quem fact. 2. 10, l. 23 §. 1. 3 l. 40 D. de rec. 4. 8, l. 8 D. de naut. foen. 22. 2, l. 122 §. 3 D. de V. O. 45. 1, l. 9 C. de usur. 4. 32.

[12] Von einem Falle, wo die Strafe verfällt, trotz dem daß die Leistung dem Schuldner ohne seine Schuld definitiv unmöglich geworden ist, handelt l. 22 pr. D. ad leg. Aq. 9. 2. Daß die Parteien bei schuldloser Versäumung rechtzeitiger Erfüllung den Verfall der Strafe nicht gewollt haben, nehmen die Quellen da an, wo eine Handlung zum Zwecke der Rechtsverfolgung vor dem öffentlichen oder Schiedsrichter versprochen worden ist, l. 2 §. 1 — l. 4 §. 3 D. si quis caut. 2. 11, l. 21 §. 9 D. de rec. 4. 8. Vgl. auch l. 115 pr. i. f. D. de V. O. 45. 1 (über §. 1 eod. s. §. 286 Note 4). — Vgl. über die verschiedenen Ansichten in Betreff des unter Nr. 3 Vorgetragenen Wolff a. a. O. S. 17 fg. 38 fg., Unterholzner S. 250—252, Vangerow a. a. O. Nr. III. I—V, Savigny S. 279—281, Sintenis II S. 113 und S. 112 Note 12. Seuff. Arch. III. 37.

[13] Unterholzner S. 247—249, Savigny S. 275—278, Vangerow a. a. O. Nr. IV, Sintenis S. 114—118, Liebe S. 309—320, H. Gerber Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast §. 26, Maxen über Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 222—242, Salkowski a. a. O. S. 200 fg.

[14] L. 115 §. 2 D. de V. O. 45. 1, vgl. l. 122 §. 6 eod. „Dieses Verhältniß ist nicht zu vermuthen, sondern nur bei besonderer Verabredung, oder aus dem eigenthümlichen Inhalte beider Verträge, anzunehmen". Savigny S. 277. Seuff. Arch. III. 38, X. 246, XIX. 136. Vorbehaltlose Annahme der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit: Seuff. Arch. VI. 171 a. E., XVI. 206, XIX. 137. Buchka und Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock V S. 231. 236.

[15] L. 41. 42 l. 71 pr. D. pro soc. 17. 2, l. 28 D. de A. E. V. 19. 1, l. 4 §. 7 D. de doli exc. 44. 4; l. 10 §. 1 D. de pact. 2. 14, l. 12 §. 2 D. de pact. dot. 23. 4, l. 40 C. de transact. 2. 4. Die Strafe hat hier die Natur einer zu Gunsten des Gläubigers getroffenen Veranschlagung seines Interesse, die ihn von dem Beweise der Höhe desselben entbindet (§. 7 I. de V. O. 3. 15). Dabei ist im Zweifel als Willensmeinung der Parteien anzunehmen, daß der Gläubiger, wenn er Eines gefordert hat, den Mehrbetrag

Strafe[16]. — Ist der Sinn der Verabredung der Parteien der, daß der Schuldner die Wahl haben solle, ob er seine Verbindlichkeit erfüllen, oder etwas Anderes leisten wolle[17], so ist das keine Verabredung zu Gunsten des Gläubigers mehr, und man darf dieses Andere nicht Strafe nennen[18].

5. Den Beweis der Nichterfüllung braucht nicht der Gläubiger zu führen; es ist an dem Schuldner, wenn er auf die Strafe in Anspruch genommen wird, seinerseits die Erfüllung darzuthun[19].

§. 286.

Ist die Verbindlichkeit, für deren Erfüllung eine Strafe versprochen wird, ungültig, während der Schuldner sie für gültig hält, so ist auch das Strafversprechen ungültig[1]. Anders, wenn

---

des Andern noch solle nachfordern dürfen, l. 41. 42 cit., l. 28 cit. Seuff. Arch. III. 38, XIX. 136. Ebenso das HGB. Art. 398.

[16] L. 44 §. 6 D. de O. et A. 44. 7, l. 115 §. 2 i. f. D. de V. O. 45. 1; vgl. l. 1 §. 8 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 24 pr. D. quando dies 36. 2, l. 19 pr. eod., l. 1 D. de penu leg. 33. 9. Auch l. 14 C. de pactis 2. 3 gehört hierher. Salkowski a. a. O. S. 206. Der Vortheil, welchen das Strafversprechen dem Gläubiger gewährt, besteht auch in diesem Falle darin, daß er der Nothwendigkeit, sein Interesse zu beweisen, enthoben ist. Vgl. l. 38 D. de rec. 4. 8. Von der andern Seite hat auch der Schuldner einen Vortheil von dem Strafversprechen, insofern es nur von seinem Willen abhängt, wozu er verbunden sein will, ob zur Erfüllung oder zur Leistung der Strafe. Jedenfalls aber ist, wenn der Schuldner Erfüllung wählt, die von ihm gemachte Leistung eben Erfüllung einer Verbindlichkeit. Er ist allerdings verbunden unter der Bedingung si voluerim (§. 93); aber diese Bedingung ist eine auflösende, keine aufschiebende. Vgl. über die Construction dieses Falles, über welche, wie aus den angeführten Stellen hervorgeht, die römischen Juristen nicht einig waren, namentlich Vangerow, Liebe, Gerber, Maxen und Salkowski a. a. OO.

[17] Der Unterschied gegen den vorigen Fall ist der, daß hier der Schuldner auch durch Nichterfüllung nicht zur Leistung der Strafe verpflichtet wird, sondern verpflichtet immer nur zur Erfüllung bleibt.

[18] Es ist in der That ein Reuegeld. Nichtsdestoweniger spricht man hier wohl von einer „Wandelpön (mulcta poenitentialis)". Seuff. Arch. III. 42. 43.

[19] Steht es fest, daß die Hauptforderung entstanden ist, so steht es auch bis zum Beweise des Gegentheils fest, daß sie noch gegenwärtig besteht (I §. 133. 1. a), also unerfüllt ist. Vgl. Gerber a. a. O. §. 25—30, Maxen a. a. O. Uebereinstimmend Seuff. Arch. VIII. 121. Anders das. XII. 143.

§. 286. [1] L. 69 D. de V. O. 45. 1.

der Versprechende die Ungültigkeit der Verbindlichkeit kennt[2]: in diesem Falle ist das Strafversprechen nur dann ungültig, wenn durch dasselbe ein unerlaubter Zweck durchgesetzt werden soll[3]. —

Ein Versprechen, durch welches Jemand sich einfach für den Fall eines Thuns oder Unterlassens zu einer Leistung anheischig macht, ohne das Thun oder Unterlassen selbst zu versprechen, ist gar kein Strafversprechen mehr, und muß lediglich nach den Grundsätzen von den bedingten Verträgen beurtheilt werden[4]. —

Eine Strafe der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit kann nicht bloß versprochen, sondern auch durch den Erblasser[5] oder den Richter[6] auferlegt werden. Der Name „Conventionalstrafe" paßt in diesem Falle nicht; aber die rechtlichen Grundsätze sind die nämlichen.

H. Die natürlichen Verbindlichkeiten*.

1. Begriff.

§. 287.

Bei der Bestimmung des Begriffes der natürlichen Verbindlichkeit ist auszugehen von dem Gegensatz zwischen der juristi-

[2] Das Strafversprechen wird dann als Mittel angewendet, eine Verbindlichkeit erzwingbar zu machen, die an und für sich nicht erzwingbar ist. Vgl. §. 19. 21 I. de inut. stip. 3. 19, l. 38 §. 2. 4. 17 D. de V. O. 45. 1. Seuff. Arch. III. 35. 36. 39, XIII. 217, XVII. 200, XX. 221. S. aber auch XII. 261. — Für die Römer gehörte namentlich auch der Fall hierher, wo ein Strafversprechen einer formlosen, von der Form nicht entbundenen, Beredung hinzugefügt wurde.

[3] L. 61 D. de V. O. 45. 1, l. 134 pr. D. eod., l. 2 C. de inut. stip. 8. 39. Seuff. Arch. II. 28, III. 41, XVII. 200.

[4] Namentlich fehlt es in diesem Falle an einem Anhalte, um den Versprechenden für verbindlich zu erklären, wenn er nicht sofort diejenige Handlung vornimmt, deren Unterlassung die Bedingung seines Versprechens bildet (§. 285 Note 3), oder für nicht verbindlich, wenn ihm die Vornahme der Handlung ohne seine Schuld unmöglich geworden ist (§. 285 Note 9). L. 115 §. 1. 2 D. de V. O. 45. 1, l. 8 eod. S. noch l. 44 §. 5 D. de O. et A. 44. 7, l. 68 D. de V. O. 45. 1.

[5] Vgl. die in §. 285 Note 16 citirten Stellen.

[6] J. R. A. §. 162. Vgl. §. 251 Note 3.

* A. D. Weber Systematische Entwickelung der Lehre von der natür- §. 287.
lichen Verbindlichkeit (1784, 5. Aufl. 1825). K. Fr. v. Reinhardt die römische Lehre von der Verbindlichkeit im Allgemeinen und der natürlichen Ver-

schen und der natürlichen Auffassung. Dieser Gegensatz macht sich, wie auf anderen Punkten des Rechts, so auch auf dem Gebiete des Obligationenrechts geltend. Es gibt Verbindlichkeiten, wie für die juristische Auffassung, so auch für die natürliche Auffassung; letztere heißen eben deßwegen natürliche Verbindlichkeiten[1]. Es besteht aber nicht nothwendig ein Widerstreit zwischen der juristischen und der natürlichen Auffassung; in einem gegebenen Fall kann die eine sehr wohl mit der andern übereinstimmen, und so kann auch eine natürliche Verbindlichkeit sehr wohl zugleich eine

---

bindlichkeit insbesondere (vermischte Aufsätze 3. Heft, 1827). v. d. Pfordten de obligationis civilis in naturalem transitu (1843). C. Christiansen zur Lehre von der naturalis obligatio und condictio indebiti (1844). Savigny Obl. I §. 5—14 (1851). Holtius Abhandlungen civilistischen und handelsrechtlichen Inhalts, übersetzt von Sutro, Nr. 1 (1852, im Original erschienen 1845). Brinz kritische Blätter III S. 12—60 (1853). Bekker Jahrb. d. gem. R. IV. 13 (1860). Schwanert die Naturalobligationen des Römischen Rechts (1861). v. Scheurl die römischen Naturalobligationen, Jahrb. f. Dogm. VII. 6 (1865). Ders. Recension des Werkes von Schwanert, krit. VJSchr. VI S. 489 fg. S. außerdem Francke civilistische Abhandlungen S. 66 fg. (1826), v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen §. 18 (1835), Büchel civilrechtl. Erörterungen II Nr. 1 S. 57 fg. (1836), Renaud Arch. f. civ. Prax. XXIX S. 432—444 (1846), Erxleben die condictiones sine causa I S. 118—152 (1850), v. Scheurl Heid. krit. Zeitschr. I S. 506—517 (1853), Unterholzner I §. 6—9, Wächter Württemb. Privatr. II S. 480—487, Brinz (Lehrb.) I S. 571—581, Sintenis II S. 5—17.

[1] Die Quellen sagen: obligationes naturales. Den Gegensatz zur obligatio naturalis bildet die obligatio civilis. Der Ausdruck „obligatio civilis" bezeichnet aber auch eine besondere Art der juristischen Verbindlichkeiten, die auf dem ius civile, im Gegensatz zum ius gentium, oder zum prätorischen Recht, beruhenden juristischen Verbindlichkeiten (l. 5 pr. D. de pign. 20. 1, l. 1 §. 1 D. de nov. 46. 2, vgl. Gai. III. 93). Die Behauptung Scheurl's (Heid. krit. Zeitschr. S. 504), daß der Ausdruck „obligatio civilis" in den Quellen immer nur auf die juristische Verbindlichkeit der letzteren Art, nie auf die juristische Verbindlichkeit überhaupt gehe, wird nach meiner Ansicht durch l. 7 §. 2. 4 D. de pactis 2. 14, l. 5 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 16 §. 3 in Verbindung mit §. 4 D. de fidei. 46. 1, von welchen Stellen namentlich die erste und die dritte beweisend sind, widerlegt. — Die Ausdrücke „naturalis" und „civilis" bezeichnen hier in derselben Weise den Gegensatz zwischen dem Natürlichen und dem Juristischen, wie in der Verbindung naturalis und civilis possessio, und den anderen I §. 148 Note 14 genannten Verbindungen; vgl. noch naturale-civile saeculum (Schömann Greifswalder Rectoratsprogramm 1856 p. 5).

juristische sein[2]. Von den natürlichen Verbindlichkeiten dieser Art ist hier nicht die Rede; hier ist nur die Rede von den Verbindlichkeiten, welche es bloß für die natürliche Auffassung, nicht auch zugleich für die juristische sind. Diese (bloß-) natürlichen Verbindlichkeiten[3] sind nun zunächst dem Rechte durchaus gleichgültig, und viele derselben bleiben es auch. Im Leben wird Vieles als Verbindlichkeit, und wohl auch als Forderungsrecht bezeichnet[4], was das Recht vollkommen unbeachtet läßt. Dagegen gibt es andere (bloß-) natürliche Verbindlichkeiten, zu denen das Recht sich nicht durchaus ablehnend verhält; wenn es sie auch nicht vollständig anerkennt, so mag es sie doch auch nicht vollständig zurückweisen, sondern läßt sie in dieser oder jener Beziehung als Verbindlichkeiten allerdings gelten. Diese juristischen (bloß-) natürlichen Verbindlichkeiten sind es, um welche es sich hier handelt. Wenn man sie natürliche Verbindlichkeiten schlechthin nennt, so geschieht dieß deßwegen, weil einerseits die vom Rechte vollständig anerkannten natürlichen Verbindlichkeiten eben auch juristische sind, und andererseits es sich von selbst versteht, daß, wo im Rechte von einer natürlichen Verbindlichkeit die Rede ist, nicht eine solche natürliche Verbindlichkeit gemeint ist, welche aller und jeder juristischen Beziehung entbehrt[5]. Man

---

[2] In diesem Sinne wird in l. 126 §. 2 D. de V. O. 45. 1 die Darlehensobligation eine naturalis obligatio genannt, und in l. 15 pr. D. de cond. ind. 12. 6 die condictio indebiti als naturalis bezeichnet. S. noch l. 5 pr. D. de auct. 26. 8. Auch l. 84 §. 1 D. de R. I. 50. 17 gehört wohl hierher. — In derselben Weise bezeichnet der Ausdruck „naturales liberi“ nicht bloß die nicht juristischen Kinder (die Concubinenkinder), sondern auch diejenigen juristischen Kinder, welche zugleich natürliche (nicht Adoptivkinder) sind.

[3] Der Ausdruck „obligatio tantum naturalis“ findet sich in l. 5 pr. D. de pign. 20. 1.

[4] Man sagt z. B. ich bin dem Herrn So und So einen Gegenbesuch schuldig; wer im Spiele gewonnen hat, ist Revanche schuldig; der Freund kann vom Freunde fordern, daß er ihm die Wahrheit sage. Man denke auch an die gesetzlich gemißbilligten Obligationen, z. B. aus verbotenem Spiel.

[5] Ueber den Sinn, in welchem die Quellen von obligatio naturalis reden, herrscht keine Uebereinstimmung. (Vgl. den ausführlichen Bericht bei Schwanert S. 7—66.) Nach einer weit verbreiteten Meinung soll mit der Bezeichnung einer obligatio als naturalis auf ihre Anerkennung in der natürlichen Rechtsordnung hingewiesen sein, welche natürliche Rechtsordnung dann von den Verschiedenen noch verschieden gefaßt wird, als ius naturale im Sinne

kann sie passend auch als uneigentliche Verbindlichkeiten bezeichnen[6].

---

von Naturrecht (Weber), als ius naturale im Sinne von ius gentium (Savigny, v. d. Pfordten, Büchel, Erxleben, Sintenis, Puchta, Arndts), als Billigkeit (Scheurl in der Heid. krit. Zeitschrift). Es ist nun auch keiner Frage unterworfen, daß die Quellen in diesem Sinne vielfach von obligatio naturalis wirklich reden, so namentlich wenn sie eine civilis obligatio als naturalis bezeichnen (vgl. mit l. 15 pr. D. de cond. ind. 12. 6 l. 14 eod., jedoch auch l. 64 eod.). Aber daß sie diesen Sinn immer mit dem Ausdruck naturalis obligatio verbinden sollten, und namentlich immer auch da, wo sie die Uneigentlichkeit, die Unvollkommenheit der Obligation hervorheben wollen, will doch nicht einleuchten; denn regelmäßig wird die natürliche Rechtsordnung auch vom ius civile anerkannt, wo aber nicht, auch vollkommen nicht. Aus diesem Grunde haben Andere einen anderen, oder doch einen zweiten Sinn von obligatio naturalis angenommen, und in der Bezeichnung einer Obligation als naturalis eine unmittelbare Hinweisung auf ihre rechtliche Unvollkommenheit gefunden (Büchel, Holtius, Schwanert, Bekker). Diese Ansicht hat mit der Schwierigkeit zu kämpfen, nachzuweisen, warum denn gerade das Unvollkommene als das Natürliche bezeichnet werde (vgl. Büchel S. 60, Holtius S. 5, Schwanert S. 231, Bekker S. 398). Die im Text entwickelte Ansicht löst diese Schwierigkeit in einer Weise, welche sie zugleich der Nothwendigkeit überhebt, einen doppelten Sinn von obligatio naturalis anzunehmen. Sie geht von einer Vorstellung aus, welche unbestimmt genug ist, um Alles in sich aufzunehmen, was die Quellen mit dem Ausdruck obligatio naturalis nun einmal wirklich bezeichnen, von der Vorstellung der natürlichen Auffassung. Die natürliche Auffassung wird sich zunächst an das in der Natur der Sache Begründete, durch die Natur der Dinge von selbst Gegebene anschließen, und dasselbe möglichst getreu wiederzugeben suchen; in diesem Sinne ist die naturalis obligatio zugleich die obligatio der natürlichen Rechtsordnung. Aber die natürliche Auffassung wird sich auch gefallen lassen müssen, vom Rechte corrigirt und in manchen ihrer Anforderungen zurückgewiesen zu werden; dann erscheint die naturalis obligatio nicht sowohl als die obligatio einer Ordnung, mit welcher das Recht sich auseinandersetzt, als vielmehr als die obligatio des unjuristischen Verstandes. In diesem Sinne faßt die obligatio tantum naturalis auch Brinz (Pand. S. 577) auf; ebenso Christiansen (S. 27. 84. 118). Vgl. auch Puchta Inst. III S. 69. — Und übereinstimmend im Wesentlichen jetzt auch Scheurl in den Aufsätzen in den Jahrb. f. Dogmatik und der krit. VJSchr. Scheurl's Auffassung unterscheidet sich von der hier vertretenen nur dadurch, daß er in der theilweisen Anerkennung der Anschauung des unjuristischen Verstandes, auf welche auch er die naturalis obligatio zurückführt, eine „unvollendet gebliebene Entwicklung des römischen Rechts" sieht, „deren Vollendung dazu geführt haben würde, (die obligationes naturales) als civiles obligationes gelten zu lassen", und damit den Unterschied zwischen obligationes civiles und obligationes naturales

2. Rechtliche Bedeutung.

§. 288.

Die rechtliche Bedeutung, welche der natürlichen (uneigentlichen) Verbindlichkeit zukommt, ist zunächst negativ zu bestimmen. Die natürliche Verbindlichkeit gewährt dem Gläubiger — insofern man hier überhaupt von einem Gläubiger reden will[1] — nicht die Befugniß zur Klage[2]. Die Klagbefugniß schließt den Begriff der natürlichen Verbindlichkeit aus; wer die Befugniß hat, seinen Willen dem widerstrebenden Willen des Gegners

---

ganz zu beseitigen. In diesem Sinne hält Scheurl die naturalis obligatio (die eigentliche, vgl. sogleich) für ein specifisch römisches Institut, für welches im heutigen Recht kein Platz mehr sei (Jahrb. f. Dogm. S. 352—353). M. E. wird diese Scheurl'sche Auffassung dem vorliegenden Quellenmaterial nicht gerecht (§. 289), und ich glaube auch nicht, daß jemals ein positives Recht sich der Anerkennung uneigentlicher Obligationen ganz wird entziehen können. Dagegen ist gewiß richtig die Bemerkung Scheurl's, daß naturales obligationes sich für ein positives Recht auch dadurch ergeben können, daß dasselbe in einem gegebenen Fall einer Obligation nur bestimmte Wirkungen, und namentlich die Klagwirkung, abspricht, während es ihr andere beläßt. Dieß ist der Fall beim SC. Macedonianum und den ihm gleichstehenden Bestimmungen, wenn es solche gibt (§. 289 Note 22).

[6] Daß die naturalis obligatio eigentlich keine obligatio sei, heben die Quellen sehr bestimmt hervor. L. 10 D. de V. S. 50. 16: — „quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum". L. 16 §. 4 D. de fidei. 46. 1: — „licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores". L. 41 D. de pec. 15. 1. „Nec servus quicquam debere potest, nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad ius civile referimus obligationem". In diesem Sinne heißt es auch in l. 95 §. 4 D. de sol. 46. 3, daß die naturalis obligatio nur auf dem vinculum aequitatis beruhe. — Verwahrung einzulegen ist gegen die Ansicht Schwanert's (S. 225—230), daß in der naturalis obligatio nur eine Pflicht rechtlich anerkannt sei, ohne daß dieser Pflicht ein Recht entspreche. Das Recht kennt keine Pflichten ohne gegenüberstehende Rechte; es kennt nur Pflichten als Correlate von Rechten. Es kann wohl in der Verleihung eines Rechts von der Annahme ausgehen, daß eine Pflicht schon anderweitig begründet sei; aber soweit es selbst diese Pflicht anerkennt, verleiht es auch ein Recht.

[1] L. 42 §. 1 D. de O. et A. 44. 7. „Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem . . . habent . . . ". Vgl. l. 10 l. 108 l. 178 §. 3 D. de V. S. 50. 16, l. 16 §. 4 D. de fidei. 46. 1. §. 288.

[2] L. 16 §. 4 D. de fidei. 46. 1 (Note 11), l. 94 §. 3 D. de sol. 46. 3.

gegenüber durch Anrufung einer höheren, im Nothfall Zwang verhängenden, Autorität zur Geltung zu bringen, dem fehlt an der Fülle des Rechts gar nichts mehr: er hat ein Recht nicht bloß nach der natürlichen, sondern auch nach der juristischen Auffassung. Von der anderen Seite ist die Klagbefugniß so sehr die Voraussetzung der Verwirklichung der durch das Recht gewährten Macht[3], daß, wo sie fehlt, man wohl Grund hat, von einem nur uneigentlichen Rechte zu reden. — Positiv läßt sich die rechtliche Bedeutung der natürlichen Verbindlichkeit nicht durch eine für alle Fälle derselben gleiche Regel bestimmen; für jede einzelne natürliche Verbindlichkeit muß ihr rechtlicher Inhalt besonders festgestellt werden[4]. Nur das läßt sich sagen, daß die natürliche Verbindlichkeit möglicherweise außer der Klagbefugniß jede rechtliche Bedeutung haben kann, welche auch der juristischen Verbindlichkeit zukommt[5]. Im Einzelnen ist Folgendes zu nennen[6].

---

[3] Obgleich sie nicht zum Begriff des Rechts gehört (I §. 37).

[4] Dieser Satz ist für die richtige Einsicht in die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit von der äußersten Wichtigkeit. Es gibt nicht einen feststehenden Inhalt der natürlichen Verbindlichkeit, wie es einen feststehenden Inhalt der juristischen Verbindlichkeit gibt. Man darf daraus, daß etwas in den Quellen als naturalis obligatio bezeichnet, oder daß ihm rechtliche Bedeutung in dieser oder jener Beziehung zugeschrieben wird, nicht ohne Weiteres schließen, daß es rechtliche Anerkennung in dem ganzen Umfang gefunden hat, welcher bei einer natürlichen Verbindlichkeit überhaupt möglich ist. Dieß ist im Einzelnen auch immer, und namentlich darin anerkannt worden, daß man von den eigentlichen natürlichen Verbindlichkeiten uneigentliche unterschied, denen man geringere Wirkungen zuschrieb. So auch Savigny (§. 12) und Schwanert (§. 9—11), welcher Letztere mit dieser Unterscheidung den Ausdruck naturaliter debere in Verbindung bringt. Man muß aber noch weiter gehen und den Satz aufstellen, daß für jede natürliche Verbindlichkeit ihr rechtlicher Gehalt besonders bestimmt werden müsse. Dieser Gesichtspunkt ist namentlich von Schwanert verfolgt worden, und ich sehe darin das Hauptverdienst seines Buches. Es liegt auf der Hand, daß die consequente Durchführung dieses Gesichtspunktes auch jede Unterscheidung, wie die zuvor bezeichnete, überflüssig macht. Vgl. außerdem Brinz krit. Blätter III S. 57, Sintenis II S. 11—16, Keller Jahrb. d. gem. R. IV. 382—383, Bekker das. S. 402.

[5] Brinz (krit. Blätter III S. 48—50) faßt die rechtliche Bedeutung der natürlichen Verbindlichkeit in die Formel zusammen: sie sei zahlbar (erfüllbar). D. h. also: sie wird als Verbindlichkeit rechtlich anerkannt für einen sich auf sie beziehenden Erfüllungsact. Ebenso Schwanert S. 222—225. Ich halte das nicht für eine glückliche Formulirung. Denn Bürgschaft und Pfand-

1. Die natürliche Verbindlichkeit kann als Vermögensvermehrung für den Gläubiger, als Vermögensverminderung für den Schuldner in Betracht kommen[7].

2. Die natürliche Verbindlichkeit kann sich als rechtliche Verbindlichkeit darin bewähren, daß die zu ihrer Erfüllung gemachte Leistung vom Rechte eben als Erfüllung behandelt, nicht unter den Gesichtspunkt der Schenkung[8] oder irgend einen anderen Gesichtspunkt[9] gestellt wird.

---

bestellung kann man doch nur sehr uneigentlich Erfüllungsacte nennen, und das Wesen der Compensation besteht nicht darin, daß in ihr die Verbindlichkeit erfüllt wird, sondern darin, daß in ihr der Gläubiger Befriedigung gegen den Willen des Schuldners erlangt. — Scheurl (Jahrb. f. Dogm. S. 328 fg., krit. VJSchr. S. 516 fg.) setzt an die Stelle der Brinz'schen Formel die andere: die naturalis obligatio sei anerkennbar; die der naturalis obligatio zukommende Rechtswirksamkeit sei keine „ihr an sich zukommende, sondern durch Anerkennung vermittelte" (Jahrb. S. 332). Auch in der deductio und compensatio werde nur Anerkennung gefordert. Aber doch Anerkennung mit der unmittelbaren Folge eines Vermögensverlustes, und Anerkennung gefordert! Freilich sagt Scheurl an einem anderen Ort (Jahrb. S. 334), die naturalis obligatio trage weder ein „Forderungsrecht, noch irgend welche rechtliche Verbindlichkeit in sich". — Auch Christiansen spricht der natürlichen Verbindlichkeit alle und jede selbständige rechtliche Wirkung ab, indem er seinerseits den Grund derjenigen rechtlichen Wirkungen, von welchen sie umgeben ist, lediglich in dem freien Willen des Schuldners findet. Wie er darauf soluti retentio auch bei irrthümlicher Annahme einer civilis obligatio und Compensation zurückführt, muß man bei ihm selbst nachlesen (vgl. namentlich S. 17—21. 128. 138).

[6] Vgl. Savigny S. 45—50, Schwanert S. 188—222.

[7] So namentlich bei der Berechnung des Peculium. Das Peculium ist um so viel größer, als der Inhaber desselben von dem Eigenthümer fordern kann, um so viel kleiner, als er demselben schuldig ist. L. 7 §. 6. 7 l. 9 §. 2. 4 l. 17 i. f. D. de pec. 15. 1, l. 38 §. 1. 2 D. de cond. ind. 12. 6, l. 20 §. 2 D. de statulib. 40. 7 (Note 12). Ferner bei der Berechnung der Erbschaft, wenn der natürliche Gläubiger Erbe des natürlichen Schuldners geworden ist, oder umgekehrt. L. 95 §. 2 D. de sol. 46. 3. S. auf der anderen Seite l. 1 §. 17 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 25 §. 11 D. de H. P. 5. 3.

[8] L. 19 §. 4 D. de don. 39. 5. Vgl. v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen §. 18.

[9] L. 21 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 44 D. de sol. 46. 3 (der natürliche Gläubiger hat dem natürlichen Schuldner etwas unter der Bedingung der Erfüllung seiner Schuld vermacht; das Geleistete wird nicht als conditionis implendae gratia datum behandelt).

naturalis obl. ex duobus cernitur, id est, cognoscitur: primo quod actionem non pariat, secundo quod ex ea solutum non repetatur.

3. Die natürliche Verbindlichkeit kann dem Gläubiger die Macht gewähren, sich in einem vorhandenen Zustand zu erhalten[10]. Dahin gehört vor Allem die Befugniß, das zur Erfüllung der natürlichen Verbindlichkeit Geleistete zurückzubehalten[11]; ferner aber auch die Befugniß, eine an den Gläubiger gestellte Forderung mit Berufung auf eine natürliche Verbindlichkeit zurückzuweisen[12].

---

[10] Die natürliche Verbindlichkeit ist nicht tauglich zum Angriff, aber wohl kann sie tauglich sein zur Vertheidigung. Vgl. l. 94 §. 3 D. de sol. 46. 3.

[11] L. 16 §. 4 D. de fidei. 46. 1. „Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest". Ich verstehe diese vielbesprochene, in l. 10 D. de O. et A. 44. 7 wiederholte, Stelle so: wenn bestimmt werden soll, ob eine naturalis obligatio vorhanden sei, oder nicht, so darf man sich nicht darauf beschränken, zuzusehen, ob eine actio, sondern man muß auch darauf sehen, ob soluti retentio stattfindet. Abweichende Ansichten bei Vangerow III S. 5, Savigny S. 40—41, Schwanert S. 83 fg., Francke Commentar zum Pandektentitel de her. pet. S. 294 in der Note. Vgl. außer der genannten Stelle noch l. 3 §. 7 D. quod quisque iuris 2. 2, l. 42 pr. D. de iurei. 12. 2, l. 13 pr. l. 19 pr. l. 26 §. 12 l. 38 §. 1. 2 l. 41 l. 60 pr. l. 64 D. de cond. ind. 12. 6. Die Unzulässigkeit der Rückforderung gilt nicht bloß für den Fall, wo der Erfüllende gewußt hat, daß er juristisch nicht Schuldner sei — wo sie sich von selbst versteht, — sondern auch für den Fall, wo er die Schuld irrthümlich für eine juristische gehalten hat. L. 40 pr. l. 64 D. de cond. ind. 12. 6. Natürlich ist aber die Rückforderung da nicht ausgeschlossen, wo der natürliche Schuldner eine ganz andere Verbindlichkeit hat erfüllen wollen, deren Existenz er irrig angenommen hat. Von diesem Fall ist zu verstehen die (von der Erfüllung durch Obligirung handelnde) l. 20 D. de SC. Mac. 14. 6 (der Novirende hält die Schuld, welche er novirt, für eine aus irgend einem anderen Grunde, nicht aus Darlehn, entstandene). So Mühlenbruch Arch. f. civ. Pr. II S. 429; andere Ansichten bei Renaud das. XXIX S. 437, Dietzel SC. Macedonianum S. 135. 355, v. Salpius Novation und Delegation S. 303—306, Witte krit. VJSchr. VIII S. 202—203, Dueckers de SC° Macedoniano (Berolini 1866) p. 85.

[12] Recht der Compensation. L. 6 D. de comp. 16. 2. „Etiam quod natura debetur venit in compensationem". Diese Stelle auf Gegenforderungen aus demselben Grunde zu beschränken, wie Holtius S. 28 thut, ist willkürlich. Vgl. auch l. 8 §. 1 D. ratam rem 46. 8. Dagegen gehört l. 20 §. 2 D. de statulib. 40. 7 nicht hierher. Dieselbe sagt, wie das pr. der Stelle beweist, nur, daß bei der Berechnung des Peculium auch die natürlichen Schulden des Herrn an den Sclaven mit eingerechnet werden müssen. — Recht der Deduction bei der Berechnung des Peculium, wenn die Gläubiger desselben gegen den Eigenthümer klagbar werden. s. Note 7.

4. Die natürliche Verbindlichkeit kann eine hinreichende Grundlage bilden für ein Rechtsverhältniß, welches zu seinem Bestande eine Verbindlichkeit voraussetzt, — Pfandrecht[13], Bürgschaft[14], Novation[15], Erfüllungsversprechen[16].

3. Einzelne Fälle*.

§. 289.

Die einzelnen Fälle der natürlichen Verbindlichkeit, welche sich in den Quellen anerkannt finden[1], sind heutzutage nicht alle

---

[13] L. 5 pr. l. 14 §. 1 D. de pign. 20. 1, l. 13 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Vgl. I §. 225 Note 8.

[14] L. 6 §. 2 l. 7 l. 16 §. 3 l. 60 D. de fidei. 46. 1, l. 13 pr. D. de cond. ind. 12. 6.

[15] L. 1 §. 1 D. de nov. 46. 2.

[16] L. 1 §. 7 D. de pec. const. 13. 5 (§. 284 Note 7).

* Büchel S. 64—119, Christiansen S. 84—114, Erxleben S. 123—134, Savigny S. 52—123, Brinz S. 13—28, Schwanert S. 244—481.

[1] Nach der Ansicht Vieler erkennen die Quellen außer in den im Folgen- §. 289.
den genannten Fällen eine natürliche Verbindlichkeit noch an: in Folge der Anspruchsverjährung, s. darüber I §. 112 Note 5, — des freisprechenden Urtheils, s. I §. 129 Note 7, — des beneficium competentiae, s. §. 268 Note 11. — Die naturalis obligatio der l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1 ist rein zum Zweck einer theoretischen Vermittelung angenommen, s. I §. 249 Note 4. — Natürliche Verbindlichkeit in Folge der Litiscontestation? Windscheid die Actio rc. S. 56—58, Schwanert S. 424—433. — Natürliche Verbindlichkeit des mit der actio de peculio Haftenden auch über den Bestand des Peculium hinaus? L. 11 D. de cond. ind. 12. 6. Brinz S. 27, Erxleben S. 111—117, Schwanert S. 266 Note 58; anders Savigny S. 103—105; noch anders Keller Jahrb. d. gem. R. III S. 177—178. — Natürliche Verbindlichkeit zur Zinszahlung? Dafür Thibaut Versuche II S. 152—169, Vangerow I §. 76 Anm. 2 Nr. 2, Christiansen S. 92—96, wegen l. 26 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Andere suchen dieser natürlichen Verbindlichkeit dadurch zu entgehen, daß sie in der citirten Stelle wissentliche Zahlung voraussetzen (Weber S. 149 fg., Erxleben S. 63). Das Richtige ist gewiß, mit Unterholzner II S. 47, H. Witte Bereicherungsklagen S. 69 fg., Sintenis II §. 87 Note 58 (in der neuen Auflage), Seuff. Arch. XVI. 49, anzunehmen, daß l. 26 pr. cit. nur die Rückforderung der Zinsen ausschließen will, nicht aber ihre Anrechnung auf das Kapital (l. 5 §. 2 l. 102 §. 3 D. de sol. 46. 3, l. 18 C. de usur. 4. 32). Man muß aber dann im Folgenden statt „sed" lesen „sed et". — Natürliche Verbindlichkeit in Folge eines nudum pactum? In der neueren Zeit mehren sich die Stimmen dagegen. Meyerfeld Schenkungen S.

mehr praktisch[2]. Diejenigen, welche es noch sind, sind folgende.

1. Die natürliche Pflicht zur Dankbarkeit kommt insofern rechtlich in Betracht, als anerkannt wird: a) daß in dem Gegengeschenk, welches ein Beschenkter macht, eine Verminderung sowohl der ihm durch die Schenkung zugewendeten Vermögensvermehrung, als der vom Schenker gemachten Vermögensaufopferung enthalten ist[3]; b) daß die zum Dank für eine Lebensrettung gemachte Leistung nicht unter den Gesichtspunkt der Schenkung fällt[4].

344—346, Liebe Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV S. 201, Gneist formelle Verträge S. 169 fg., Unterholzner I §. 23, Holtius S. 7—16, Brinz krit. Blätter S. 16—25, Bekker S. 395, Ihering Geist des röm. R. I S. 128 (136) Note 45, Girtanner Stipulation S. 401 fg., Scheurl Jahrb. f. Dogm. S. 343—346 und krit. VJSchr. S. 501, Kuntze zu Holzschuher III. S. 7; auf der anderen Seite namentlich Büchel S. 65—68, Savigny S. 53—59, auch Scheurl Heid. krit. Zeitschr. S. 516. Nach meiner Meinung sind die hier wirklich in Betracht kommenden Stellen nur: eines Theils l. 1 §. 2 D. de V. O. 45. 1, anderen Theils l. 5 §. 2 D. de sol. 46. 3, l. 3. 4 C. de usur. 4. 32, l. 11 §. 3 D. de pign. act. 13. 7. L. 1 §. 2 cit. spricht gegen die Annahme einer natürlichen Verbindlichkeit; die zuletzt genannten Stellen sagen unmittelbar nichts Anderes, als daß der Gläubiger Zinsen, die ihm durch nudum pactum versprochen worden sind, nicht zurückzugeben brauche, wenn sie ihm gezahlt worden seien, und daß er sich aus einem ihm gegebenen Pfande auch für sie befriedigen könne. Darin eine Anerkennung der nuda pacta überhaupt zu sehen, halte auch ich für bedenklich (vgl. namentlich l. 8 D. in quib. caus. pign. 20. 2). Vgl. übrigens §. 312 Note 9.

[2] Dahin gehört namentlich die natürliche Verbindlichkeit des Sclaven, der für die Römer bei Weitem wichtigste Fall der natürlichen Verbindlichkeit (l. 14 D. de O. et A. 44. 7, l. 13 pr. D. de cond. ind. 12. 6, Savigny a. a. O. S. 59—61. Syst. II §. 65 und Beil. IV, Schwanert S. 244—299); ferner die natürliche Verbindlichkeit in Folge der capitis diminutio (l. 2 §. 2 D. de cap. min. 4. 5 vgl. l. 8 eod., Savigny S. 80, Schwanert S. 413—424), in Folge der Proceßverjährung (l. 8 §. 1 D. ratam rem 46. 8, l. 30 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, Savigny S. 98, Schwanert S. 433—437), die natürliche Verbindlichkeit aus dem Satze: quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur (l. 3 §. 7 D. tit. cit. 2. 2, Savigny S. 99, Schwanert S. 471—473).

[3] L. 25 §. 11 D. de H. P. 5. 3, l. 10 §. 7 i. f. D. de in rem verso 15. 3. Vgl. auch l. 54 §. 1 D. de furtis 47. 2. Dagegen gilt die Forderung selbst auf das Gegengeschenk als Vermögensvermehrung nicht, l. 25 §. 11 cit.

[4] L. 34 §. 1 D. de don. 39. 5 (Paul. S. R. V. 11 §. 6). Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note §. 368 Note 10. 11. Auch Francke Commentar zum Pandektentitel de her. pet. S. 293. 294.

2. Ebenso wird es nicht als Schenkung angesehen, wenn der Erbe seiner natürlichen Verpflichtung zur Entrichtung der ihm auferlegten Vermächtnisse auch bis zu dem Betrage, welchen er nach positiver Rechtsvorschrift an denselben kürzen könnte, nachkommt[5].

3. Was Jemand zum Zweck der Erfüllung einer ihm obliegenden sittlichen Verpflichtung leistet, kann er nicht zurückfordern, wenn er sich auch irrthümlicher Weise für rechtlich verpflichtet gehalten hat[6]. Deßwegen haftet auch der Bürge[7] und der Novationsschuldner[8], ferner sind gültig Verpfändung und Erfüllungsversprechen[9]. Um so weniger darf auf eine solche Leistung das Recht der Schenkung angewendet werden[10].

---

[5] L. 5 §. 15 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 19. 20 D. quae in fr. cred. 42. 8. Aber das irrthümlich Gezahlte kann zurückgefordert werden, l. 5 §. 15 cit. i. f., l. 9 §. 5 D. de iur. et facti ign. 22. 6. L. 1 C. ad leg. Falc. 6. 50, welche das Rückforderungsrecht versagt, ist von wissentlicher Leistung zu verstehen. S. noch l. 62 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 C. de fideic. 6. 42, und vgl. Christiansen S. 88—90, Savigny Syst. IV S. 83—86.

[6] Dieser allgemeine Satz darf, wie ich glaube, auf Grund von l. 32 §. 2 D. de cond. ind. 12. 6 (die Frau gibt dem Manne eine Mitgift) und l. 26 §. 12 eod. (der Freigelassene leistet dem Freilasser operae officiales) behauptet werden. Vgl. namentlich l. 32 cit.: — „sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest". So auch Puchta Inst. III S. 66, Büchel S. 99, Erxleben a. a. O. S. 149—152. A. M. Savigny S. 101. Auf der anderen Seite geht noch weiter Schwanert S. 118—120, welcher die Rückforderung in allen Fällen ausgeschlossen glaubt, wo derselben eine „Billigkeits- oder Pietätsrücksicht" entgegenstehe. Auch Brinz Pand. S. 575 hält eine „Billigkeitsschuld" zum Ausschluß der cond. indebiti für hinreichend. — Es besteht keine sittliche Verpflichtung zur Erfüllung einer vom Recht für ungültig oder unwirksam erklärten Verbindlichkeit, z. B. wegen Mangels einer Form (s. das in Note 1 über das nudum pactum Gesagte), oder wegen vollendeter Verjährung (vgl. I §. 112 Note 5). Ich halte daher auch die Entscheidung des O. T. zu Berlin bei Seuff. Arch. XVIII. 140, daß Präjudicirung des Wechsels wegen verspäteter Protesterhebung eine naturalis obligatio zu Lasten des Indossanten übrig lasse, nicht für richtig.

[7] L. 7 D. de fidei. 46. 1. „Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est, huius naturalis obligationis fideiussorem accipi posse".

[8] Der neu eintretende nach Analogie des Bürgen; bleibt der frühere Schuldner, so haftet derselbe schon deßwegen, weil in der Novation von seiner Seite Leistung liegt.

[9] Von Dritten nach Analogie der Bürgschaft. Um so mehr muß der Schuldner selbst haften.

4. Die natürliche Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen, welcher ohne die Mitwirkung seines Vormundes rechtlich thätig geworden ist, wird vom Rechte als Verbindlichkeit anerkannt in allen Fällen[11], in welchen es sich nicht darum handelt, daß der Schuldner gegen seinen Willen zur Erfüllung genöthigt werden soll[12]. Dagegen wird sie, wo dieß Letztere der Fall ist, als Ver-

[10] Seuff. Arch. VI. 18, XX. 35 (eine Zuwendung, welche Jemand der Mutter seiner unehelichen Kinder oder der mittellosen Tochter seines Bruders macht, bedarf nicht der Insinuation), XII. 275 (ebenso wenig die Zuwendung des Vaters an den Sohn zum Zweck der Begründung einer selbständigen Existenz), XII. 167 (wenn ein Mann seine Frau in eine Wittwenkasse oder Lebensversicherung einkauft, so fällt das nicht unter das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten).

[11] Die Frage, bis zu welcher Grenze die natürliche Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen rechtliche Anerkennung gefunden habe, ist äußerst streitig. Der im Folgenden vorgetragenen Mittelmeinung stehen zwei extreme Ansichten gegenüber. 1) Die Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen hat gar keine rechtliche Anerkennung gefunden; die Stellen der Quellen, in welchen eine Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen anerkannt wird, setzen Bereicherung desselben voraus. So noch Puchta §. 237. h. 2) Sie hat die volle Anerkennung gefunden, welche überhaupt einer natürlichen Verbindlichkeit zu Theil werden kann. So namentlich Savigny S. 61 fg.; außerdem Fritz Erläuter. II S. 269—274, Büchel S. 75—83, Erxleben S. 125, Scheurl Heid. krit. Zeitschr. S. 507. 508, Rudorff Vormundsch. II S. 280, Sintenis I §. 17 Note 24. Die hier vorgetragene Mittelmeinung wird (wenigstens ihrem Grundgedanken nach) vertheidigt von Glück IV S. 66 fg., Weber §. 71, Reinhardt §. 72. 73, Roßhirt in seiner Zeitschr. I S. 130 fg., Brandis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII S. 149 fg., vgl. auch Rudorff zu Puchta's Vorlesungen §. 237 Note 5, Scheurl krit. VJSchr. S. 521. Zwischen dieser Mittelmeinung und der unter 2 bezeichneten Ansicht nehmen wieder eine mittlere Stellung ein Keller Jahrb. d. gem. R. IV. 12, Schwanert §. 18, Vangerow I §. 279 Anm. (in der neuesten Auflage), denen zustimmt Arndts §. 230 Anm. a. E. S. darüber Note 16. Eigenthümlich auch Brinz krit. Bl. III S. 15. Pand. S. 572. In früherer Zeit hat man sich auch wohl durch die Unterscheidung zwischen impuberes infantiae und pubertati proximi zu helfen gesucht. S. Fritz a. a. O. S. 271 Note 78. — Die von Goldschmidt Arch. f. civ. Pr. XXXIX. 17 (1856) begonnene neue Bearbeitung der Frage ist bis jetzt nicht fortgesetzt worden.

[12] a) Die Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen wird als naturalis obligatio bezeichnet in l. 42 pr. D. de iurei. 12. 2, l. 21 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 25 §. 1 D. quando dies 36. 2, l. 95 §. 4 D. de sol. 46. 3. b) Wenn Jemand Etwas vermacht, was ein Geschlechtsunreifer ihm schuldig ist, so ist das Vermächtniß nicht deßwegen ungültig, weil er das Vermachte als ein

bindlichkeit nicht anerkannt. Deßwegen kann der Gläubiger sie nicht nur nicht zur Compensation benützen[13], sondern muß auch das ihm auf Grund derselben irrthümlich Geleistete zurückgeben[14]. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es der ursprüngliche Schuldner selbst ist, welcher die irrthümliche Leistung gemacht hat, oder sein Rechtsnachfolger[15], und im ersten Fall, ob der Schuldner vor oder nach der Pubertät, mit oder ohne Beitritt des Vormundes, geleistet hat[16].

Verschuldetes bezeichnet hat, l. 25 §. 1 D. quando dies 36. 2. c) Der mit einem Geschlechtsunreifen abgeschlossene Kaufvertrag bricht bei der in diem addictio den früheren Kauf, l. 14 §. 3 D. de in diem add. 18. 2. d) Die Erfüllung der Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen fällt weder unter den Gesichtspunkt der Schenkung, noch unter irgend einen anderen rechtlichen Gesichtspunkt, als eben den der Erfüllung, l. 19 §. 4 D. de don. 39. 5, l. 21 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 44 D. de sol. 46. 3. e) Verlust derselben ist Verlust ihres Betrages, l. 95 §. 2 D. de sol. 46. 3. f) Es haftet der Bürge, welcher für sie eingetreten ist, l. 2 D. de fidei. 46. 1, l. 35 D. de rec. 4. 8, l. 127 D. de V. O. 45. 1, l. 95 §. 4 D. de sol. 46. 3 (über l. 25 D. de fidei. s. Girtanner Bürgsch. S. 21 fg.). g) Sie kann novirt werden und noviren, l. 1 §. 1 D. de nov. 46. 2, §. 3 I. quib. mod. tollitur 3. 29.

[13] Das Gegentheil wird nicht durch l. 3 §. 4 D. de neg. gest. 3. 5 bewiesen. In dieser Stelle ist nur der Satz enthalten, daß der Geschlechtsunreife nicht einfordern dürfe, was ihm aus einer gewissen Thatsache verschuldet wird, ohne seine eigene Verbindlichkeit aus dieser Thatsache zu erfüllen. Gegen das Compensationsrecht des natürlichen Gläubigers beweist auch, wenigstens ihrem Wortlaute nach, l. 4 §. 4 D. de doli exc. 44. 4 (Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 375 Note 3). Daß dem Geschlechtsunreifen ein pactum de non petendo nicht entgegengesetzt werden darf, sagt l. 28 pr. D. de pact. 2. 14.

[14] L. 41 D. de cond. ind. 12. 6, l. 13 §. 1 eod. In diesem Sinn heißt es in l. 59 D. de O. et A. 44. 7: „Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur“.

[15] Das Gegentheil ist mit Unrecht auf Grund von l. 64 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1 behauptet worden. Brandis a. a. O. S. 152 läßt auf Grund dieser Stelle ganz consequent das Rückforderungsrecht des Geschlechtsunreifen auch dann wegfallen, wenn an die Stelle seines Gläubigers ein Erbe getreten ist.

[16] Dieß leugnen nicht nur diejenigen, welche der natürlichen Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen überhaupt volle Wirkung zuschreiben, sondern auch Keller, Schwanert, Vangerow (Note 11). Sie nehmen an, daß ein Rückforderungsrecht nur wegen mangelnder Veräußerungsfähigkeit des Leistenden begründet sei, nicht aber wegen irriger Annahme einer juristischen Verbindlichkeit (vgl. l. 29 D. de cond. ind. 12. 6). Meiner Meinung nach liegt hier

5. Die natürliche Verbindlichkeit desjenigen, welchem als Hauskind gegen das Verbot des Macedonianischen Senatsbeschlusses ein Darlehn gegeben worden ist[17], schließt die Rückforderung des irrthümlich Geleisteten aus[18], und bildet eine genügende Grundlage für Bürgschaft, Pfandrecht, Novation, Erfüllungsversprechen[19]. Doch ist Verpfändung durch den Schuldner selbst, ebenso Novation und Erfüllungsversprechen, nur dann wirksam, wenn der Schuldner diese Rechtsgeschäfte nach Auflösung der väterlichen Gewalt vornimmt[20]. Die Compensationsbefugniß

---

in den Quellen ein Widerspruch vor. Auf der einen Seite stehen l. 41 D. de cond. ind. 12. 6 („quia nec natura debet"), l. 13 §. 1 eod. („et locupletior factus est"), l. 59 D. de O. et A. 44. 7 (pupillus . . . ne quidem iure naturali obligatur"), auf der anderen l. 42 pr. D. de iurei. 12. 2, l. 21 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 64 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. Eine Vereinigung halte ich, wenn man nicht hüben oder drüben Gewalt thun will, nicht für möglich. So muß man sagen, daß die genannten Quellenzeugnisse sich gegenseitig aufheben, und daß demgemäß für den Ausschluß des Rückforderungsrechtes bei irrthümlicher Erfüllung einer Pupillarschuld kein Beweis vorliegt.

[17] Savigny S. 77, Schwanert §. 17. Dietzel das SCum Macedonianum S. 138—150. Dueckers de SCo Macedoniano (Berolini 1866) p. 70—102.

[18] L. 9 §. 4 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 26 §. 9 l. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 14 D. de R. C. 12. 1, l. 19 D. de nov. 46. 2.

[19] L. 9 §. 3 — l. 11 l. 18 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 9 pr. eod., l. 2 D. quae res pignori 20. 3, l. 2 C. ad SC. Mac. 4. 28 (vgl. über diese Stelle §. 373 Note 17). Ueber l. 20 D. de SC. Mac. s. §. 288 Note 11. Die Gültigkeit des Erfüllungsversprechens ist nicht ausdrücklich bezeugt, aber deßwegen nicht weniger unzweifelhaft. Vgl. übrigens l. 2 C. cit. „vel alias agnovit". A. M. Dietzel S. 126. 131. — Der Bürge kann gemäß der Regel zur Zahlung nicht genöthigt werden, wenn er einen Regreß gegen den Hauptschuldner hat (l. 9 §. 3 cit.). In dem gleichen Fall steht auch dem dritten Verpfänder die exceptio SCi zu, l. 2 D. quae res pignori 20. 2.

[20] Die Verpfändung vor Auflösung der väterlichen Gewalt wird regelmäßig schon deßwegen ungültig sein, weil dem Verpfändenden Eigenthum oder Dispositionsfähigkeit fehlt, vgl. l. 9 pr. D. de SC. Mac. 14. 6 („si paterfamilias factus"). Aber auch für obligatorische Rechtsgeschäfte wird die Ungültigkeit behauptet werden müssen, nach l. 2 C. ad SC. Mac. 4. 28, wo der Schluß a contrario kaum abzulehnen ist (§. 373 Note 18). Vgl. Wächter Württemb. Privatr. II S. 487, Dietzel a. a. O. S. 120 fg., Dueckers l. c. p. 77 sqq.

darf dem Gläubiger nicht gestattet werden[21]. — Eine gleiche natürliche Verbindlichkeit auch in anderen Fällen anzunehmen, wo die Obligation durch eine ähnliche Vorschrift, wie die des Macedonianischen Senatsbeschlusses, für ungültig erklärt wird, ist bedenklich[22].

---

[21] Die herrschende Meinung erkennt auch sie an. Aber die Compensationsbefugniß ist nirgends bezeugt. Und wenn der Schuldner genöthigt werden kann, dem Gläubiger zu lassen, was er ihm gegeben hat, folgt daraus, daß er auch genöthigt werden kann, ihm zu lassen, was er ihm nicht gegeben hat? Gegen die Compensationsbefugniß Unterholzner I S. 149, Sintenis II S. 514, Scheurl Jahrb. f. Dogm. S. 341—342. krit VJSchr. S. 529.

[22] Eine nahe liegende Versuchung zu einer solchen Ausdehnung liegt darin, daß die römischen Juristen den Grund, warum die Macedonianische Vorschrift eine natürliche Verbindlichkeit bestehen lasse, darein setzen, daß diese Vorschrift zur Strafe des Gläubigers, nicht zum Vortheil des Schuldners, gegeben sei (l. 9 §. 4 D. de SC. Mac. 14. 6), und daß sie in Verbindung damit den allgemeinen Satz aufstellen: eine natürliche Verbindlichkeit bleibe immer übrig, wenn eine Obligation nur zur Strafe des Gläubigers für unwirksam erklärt sei (l. 19 pr. l. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6). Aber es ist bekannt, wie äußerst gefährlich es ist, solche abstracte Aussprüche der römischen Jurisprudenz beim Worte zu nehmen (vgl. I §. 123 Note 8). In der That, warum sollte der Sinn eines Gesetzes, welches ein Forderungsrecht zur Strafe abspricht, nothwendigerweise der sein, daß das Forderungsrecht nur theilweise verloren gehen solle? Allerdings findet sich eine Anwendung desselben Gesichtspunktes in l. 3 §. 2. 7 D. quod quisque iur. 2. 2; aber hier ohne Verweisung auf die Strafnatur der Bestimmung. Der hier vertretenen Ansicht sind Kierulff S. 27. 186, Savigny Syst. V S. 375—377, Erxleben S. 130, Dietzel a. a. O. S. 139—141, Sintenis I §. 32 Anm. 43 und II §. 82 Anm. 15, und im Grunde auch Schwanert S. 350. 471 fg., welcher die Regel zwar zur allgemeinen Anwendung bringen will, aber mit Berücksichtigung des besonderen Willens des einzelnen Gesetzes. Für beschränkte Anwendung: Vangerow I S. 189 und III S. 122 (wenn die Klage abgesprochen sei), Christiansen S. 106—111 (wenn dem Gläubiger Verlust des Forderungsrechtes zu dem Ende gedroht sei, um ihn von der Eingehung des Geschäftes abzuhalten), Scheurl Jahrb. f. Dogm. S. 343 (bei dem Edicte über das ius iniquum und dem decretum D. Marci, vgl. S. 353). Für unbedingte Anwendung: Unterholzner I S. 511, v. d. Pfordten §. 9, früher auch Scheurl Heid. krit. Zeitschr. S. 514. Eine besondere Ansicht noch bei Francke S. 71—73. — Savigny hat es früher versucht, an die Stelle dieser Regel die andere zu setzen, daß eine natürliche Verbindlichkeit dann übrig bleibe, wenn die Wirksamkeit der Obligation durch eine Vorschrift des ius civile, im Gegensatz zum ius gentium, ausgeschlossen werde. Er hat später, wie es scheint, diese Ansicht aufgegeben. Vgl. Syst. V S. 377—379

6. Die natürliche Verbindlichkeit zwischen dem Vater einerseits, und andererseits dem gewaltunterworfenen Kinde in seiner Eigenschaft als Inhaber eines Sonderguts (Peculium), d. h. eines factisch in den Händen des Kindes befindlichen, aber rechtlich dem Vater gehörigen Vermögen[23]. Das Sondergut, obgleich es Theil des Vermögens des Vaters ist, erscheint doch äußerlich als Vermögen des Kindes. Dadurch werden für die natürliche Auffassung obligatorische Beziehungen zwischen dem Hauptvermögen des Vaters und dem Sondergut möglich, welche sich rechtlich wirksam erweisen: 1) darin, daß sie in Betracht kommen, wo der Betrag des Peculium Dritten gegenüber zu bestimmen ist[24]; 2) darin, daß sie eine genügende Grundlage für Bürgschaft, Pfandrecht, Erfüllungsversprechen und Novation bilden[25]. Durch die Auflösung der väterlichen Gewalt gewinnen diese Verpflichtungen keinen Zuwachs an Kraft[26]. — Verpflichtungen zwischen Vater und

---

mit Obl. I S. 78. Aehnlich wie Savigny Fein Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 387 fg.

[23] S. g. peculium profecticium. S. §. 484 Note 2, §. 518 Note 1. Schwanert S. 309 fg., v. d. Pfordten Abhandlungen aus dem Pandecten-Rechte Nr. 2.

[24] So namentlich den Gläubigern gegenüber bei der actio de peculio (§. 484 Note 14. 15); ferner demjenigen gegenüber, welchem der Vater das Sondergut vermacht (l. 5 l. 6 §. 4 D. de pec. leg. 33. 8, l. 6 pr. §. 1. 4. 5 l. 7 l. 8 §. 1. 2 l. 9 §. 1. 2 l. 10 l. 16 l. 21 l. 22 pr. D. eod.).

[25] L. 3 §. 7 D. de pec. 15. 1 (vgl. §. 1 I. de fidei. 3. 20, l. 56 §. 1 D. de fidei. 46. 1, l. 34 §. 8 D. de sol. 46. 3) erkennt ausdrücklich die Zulässigkeit der Bürgschaft für eine Peculiarschuld an, und dieselbe hat ja auch guten Sinn, da sie dem Vater die Möglichkeit gibt, sich zu verschaffen, was er sonst nicht erhalten würde. Nach Analogie der Bürgschaft muß auch Verpfändung, Erfüllungsversprechen, Novation für rechtlich wirksam erachtet werden. S. auch l. 11 §. 1 D. de pec. 15. 1. Dagegen hat Bürgschaft (und nach Analogie derselben auch Verpfändung und wohl auch Erfüllungsversprechen) für eine Peculiarforderung rechtliche Wirksamkeit nicht, da hier der Vater Gläubiger und Schuldner in Einer Person ist, l. 56 §. 1 cit. (vgl. l. 71 eod.)

[26] Daraus erklärt sich einfach die berühmte l. 38 D. de cond. ind. 12. 6 (l. *Frater a fratre*). Vgl. im Uebrigen v. d. Pfordten a. a. O. S. 172 fg. Die Ansicht dieses Schriftstellers (S. 184 fg.), daß §. 2 der citirten Stelle die Forderung des Kindes an seine Person als solche, nicht an das Peculium anknüpfe, ist gewiß ungegründet; s. dagegen auch Sintenis III §. 142 Anm. 19. L. 64 D. de cond. ind. 12. 6, l. 14 D. de O. et A. 44. 7 sind von dem Falle des Nichtvorhandenseins eines Peculium zu verstehen.

Kind, welche keine Beziehung auf das bezeichnete Sondergut haben, sind keine bloß natürliche, sondern volle[27].

IV. Subjecte des Forderungsrechtes.

Uebersicht.

§. 290.

Die Subjecte des Forderungsrechtes sind auf der einen Seite der Gläubiger, das berechtigte Subject, auf der andern Seite der Schuldner, das verpflichtete Subject (§. 251. 251[a]). Dabei sind folgende Punkte in nähere Erwägung zu ziehen.

1. Regelmäßig ist das in dem Forderungsrecht berechtigte bez. verpflichtete Subject ein bestimmtes Individuum. Es kann aber auch das Gegentheil der Fall sein. Davon näher in §. 291.

2. Es kann vorkommen, daß auf der Gläubiger- oder auf

---

[27] Nach ursprünglichem römischem Recht war zwischen dem Vater und dem Kinde in der väterlichen Gewalt eine juristische Verbindlichkeit überhaupt nicht möglich (l. 4. 11 D. de iud. 5. 1, l. 16 D. de furtis 47. 2, l. 2 pr. D. de contr. emt. 18. 1, §. 6 I. de inut. stip. 3. 19). Denn eine juristische Verbindlichkeit setzt zwei sich selbständig gegenüberstehende Vermögenskreise voraus, und einen solchen Vermögenskreis hatte das Kind dem Vater gegenüber nicht. Allmälig aber hat das Kind dem Vater gegenüber vermögensrechtliche Selbständigkeit allerdings gewonnen (peculium castrense und quasi castrense, s. g. peculium adventicium), und soweit es sie gewonnen hat, muß nun auch die Möglichkeit einer juristischen Verbindlichkeit zwischen ihm und dem Vater anerkannt werden. Dieselbe ist in den Quellen für das peculium castrense ausdrücklich bezeugt (l. 4 D. de iud. 5. 1, l. 2 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 15 §. 1. 2 D. de castr. pec. 49. 17); aber auch für das peculium adventicium muß sie behauptet werden, obgleich hier die Compilatoren es unterlassen haben, die nöthige Consequenz zu ziehen. So bleiben für die natürliche Verbindlichkeit nur übrig: 1) die Fälle geschäftlicher Beziehung zwischen dem Vater und dem Sondergut als solchem; 2) der Fall, wo das Kind auch ohne ein Sondergut zu haben, eine Forderung gegen den Vater aus dem Vermögen des Vaters erwirbt, — denn für den Erwerb aus dem Vermögen des Vaters ist die alte Unfähigkeit des Kindes stehen geblieben (l. 6 pr. C. de bon. quae lib. 6. 61), und so wird eine solche Forderung, indem das Kind sie erwirbt, peculium profecticium. Vgl. §. 519 Note 5. §. 484 Note 2, und über die verschiedenen Meinungen v. d. Pfordten Abhandl. S. 141 fg., Schwanert S. 332 fg., Seuffert (Pand.) §. 483, Sintenis III §. 142 Note 8, Arndts §. 435. 436.

der Schuldnerseite oder auf beiden Seiten eine Mehrheit von Individuen steht. Davon näher in §. 292 fg.

3. Die Subjecte des Forderungsrechts können wechseln; an die Stelle des Gläubigers kann ein anderer Gläubiger, an die Stelle des Schuldners ein anderer Schuldner treten. Von diesem Verhältniß aber wird passender an einem andern Ort, unter dem Gesichtspunkt der Veränderung des Forderungsrechtes, gehandelt (§. 328 fg.).

A. Unbestimmtheit des Subjects*.

§. 291.

Eine Unbestimmtheit des Subjects des Forderungsrechtes liegt dann vor, wenn die Gläubigerschaft oder Schuldnerschaft an ein gewisses Verhältniß in der Weise angeknüpft ist, daß Jeder, welcher in dieses Verhältniß eintritt, Gläubiger oder Schuldner ist, aber auch nur so lange, als er in diesem Verhältniß steht. Unter den Verhältnissen, durch welche in dieser Weise die Gläubigerschaft und Schuldnerschaft vermittelt werden kann, sind von besonderer Wichtigkeit die Verhältnisse zu einer Sache, Eigenthum, sonstiges dingliches Recht, Besitz. Uebrigens ist diese künstliche Art der Verknüpfung eines Forderungsrechtes mit der Person im römischen Rechte weniger ausgebildet[1], als im mo-

§. 291. * Savigny Obl. I §. 15.

[1] Aus dem römischen Recht gehören hierher die Noxalansprüche, die s. g. actiones in rem scriptae (I §. 45 Note 6), und die mit der servitus oneris ferendi verbundene Reparaturpflicht (I §. 211[a] Note 3); in dem letzteren Fall ist sowohl der Gläubiger als der Schuldner unbestimmt. Ein anderer Fall unbestimmter Gläubigerschaft in §. 473 Note 16. Auch die Verpflichtung zur Entrichtung einer verfallenen Grundsteuer würde hierher gehören, wenn es feststünde, daß das römische Recht den bisherigen Eigenthümer in derselben Weise entlastet hat, wie es den neu eintretenden Eigenthümer für verpflichtet erklärt hat. Seuff. Arch. XI. 45. S. l. 7 pr. D. de publ. 39. 4, l. 2. 3 C. sine censu 4. 47, l. 2 C. de ann. et trib. 10. 16. Vgl. Dernburg Pfandrecht I S. 352—354 und im Allgemeinen Bekker Zeitschrift f. Handelsr. IV S. 508. 532—537. — Eine willkührliche Verknüpfung einer Obligation mit einem Grundstück gestattet das römische Recht nicht, l. 81 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 12 D. de ann. leg. 33. 1. Daß es im heutigen Recht (auch abgesehen von dem Fall der Reallasten, s. darüber Note 6) anders

dernen Recht. Unter den hierher gehörigen Rechtsinstituten überragt alle anderen an Wichtigkeit das dem modernen Recht angehörende Institut der Forderungen aus Inhaberpapieren[2] und Ordrepapieren[3]. —

---

sei, behauptet v. Meibom Jahrb. d. gem. R. S. 456 fg.; dawider Gerber Jahrb. f. Dogm. VI S. 279 fg.

[2] Die Lehre von den Inhaberpapierforderungen, deren Darstellung in dieses Werk nicht gehört, hat in der neueren Zeit eine sehr reiche Literatur erhalten: ein Verzeichniß derselben bei Thöl Handelsrecht I §. 54[a] Note 1, hinzuzufügen Kuntze Zeitschr. f. Handelsr. V S. 198 fg. VI S. 1 fg., Rößler das. V S. 327 fg. Hauptwerk: Kuntze die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationen au porteur, 1857. Diejenige unter den von dieser Lehre zu beantwortenden Fragen, durch welche dieselbe mit dem gegenwärtigen Punkt des Systems zusammenhängt, ist die, wie die Verknüpfung des Forderungsrechtes mit den verschiedenen Gläubigern zu denken sei. Diese Frage ist in sehr mannigfacher Weise beantwortet worden, wobei sich folgende Hauptrichtungen zeigen. 1) Das Forderungsrecht geht von einem Gläubiger auf den andern durch Cession über, womit man, wenn man es mit dem Ausdrucke strenge nimmt, sagen will, daß der erste Gläubiger der eigentliche Gläubiger bleibe, und jeder folgende Papierinhaber nur ein Recht auf Ausübung des jenem ersten fortwährend zustehenden Forderungsrechtes erwerbe. 2) Das Forderungsrecht geht von einem Gläubiger auf den andern durch Singular-Succession über, d. h. jeder Inhaber ist wirklicher Gläubiger, aber immerhin leitet er sein Recht von dem Rechte seines Vormannes ab. 3) Kein Inhaber leitet sein Recht von dem Rechte des Vormannes ab, sondern das Forderungsrecht bewegt sich durch die in dasselbe gelegte Kraft durch die verschiedenen Papierinhaber hindurch, wobei es die Möglichkeit eines Fortbestehens auch ohne augenblicklichen Gläubiger (Fortbestehen in ruhendem Zustand: Dereliction des Papiers, Rückkehr des Papiers zum Schuldner) besitzt. 4) Jeder Inhaber erwirbt ein neues Forderungsrecht. 5) Vor der Präsentation des Papiers besteht ein Forderungsrecht überhaupt nicht; das Papier gibt nur die Befugniß, sich durch Präsentation zum Gläubiger zu machen. Die Auffassung, welche der Darstellung im Texte zu Grunde liegt, ist die dritte. — Uebrigens denke man bei Inhaberpapierforderungen nicht bloß an Forderungen, welche auf Geben von Geld gerichtet sind; sondern auch z. B. an Theaterbillets, Eisenbahnfahrbillets, Badekarten, Eßmarken rc.

[3] Der Hauptrepräsentant des Ordrepapiers ist der Wechsel; vgl. im Uebrigen HGB. Art. 301—305. Die Frage nach dem Verhältniß der Forderung zum Subject ist hier dieselbe, wie bei den Inhaberpapierforderungen; der Unterschied ist nur der, daß das Verhältniß, welches die Forderung mit sich durch die verschiedenen Gläubigerpersonen hindurchträgt, anders bestimmt ist, und daß das Accept und das Indossament neben der Obligation zu Lasten des Ausstellers andere ähnliche Obligationen (Obligationen mit unbestimmtem

Von dem hier bezeichneten Fall ist ein anderer zu unterscheiden, derjenige nämlich, wo zwar auch die Gläubigerschaft oder Schuldnerschaft von einem gewissen Verhältniß der Person abhängt, aber derjenige, welcher durch das betreffende Verhältniß einmal zum Gläubiger oder Schuldner gemacht worden ist, es auch definitiv bleibt, gleichgültig, ob er fortfährt, in diesem Verhältniß zu stehen, oder ob er aus demselben hinaustritt[4]. In diesem Falle ist nicht sowohl eine Unbestimmtheit des Subjects des Forderungsrechtes, als vielmehr eine Unbestimmtheit in der anfänglichen Bezeichnung des Subjects vorhanden, welche Unbestimmtheit sich aber hinterher in eine Bestimmtheit auflöst. Nur dann geht dieser Fall in den zuvor bezeichneten über, wenn das betreffende Verhältniß nicht bloß Ein Mal wirkt, sondern jeden in dasselbe Hineintretenden in gleicher Weise zum Gläubiger oder Schuldner macht[5], insofern man nämlich dann die sämmtlichen aus diesem Verhältniß entstehenden Rechte und Verpflichtungen als Ausfluß Eines Gesammtrechtes und Einer Gesammtverpflichtung denkt. Von dieser Art ist das wichtigste unter allen hierher gehörigen Rechtsinstituten, das Institut der Reallasten, ein Institut, welches ebenfalls nicht dem römischen Rechte angehört, sondern germanischen Ursprungs ist[6].

Gläubiger) zu Lasten des Acceptanten und des Indossanten begründet oder begründen kann. Vgl. Kuntze Wechselrecht S. 312—317.

[4] Beispiel. Vermächtniß an denjenigen, der eine bestimmte Person heirathen wird (§. 25. 27 I. de leg. 2. 20).

[5] Beispiel aus dem römischen Recht: die mit der Emphyteuse und der Superficies verbundene Verpflichtung zur Entrichtung einer jährlichen Abgabe, — zu Lasten des jedesmaligen Emphyteuta und Superficiars, zu Gunsten des jedesmaligen Eigenthümers.

[6] S. die Lehrbücher des deutschen Privatrechtes. Monographische Bearbeitungen dieser Lehre: Duncker die Lehre von den Reallasten (1837). Friedlieb die Rechtstheorie der Reallasten (1860, vgl. krit. VJSchr. IV S. 307—310). — Uebrigens ist noch immer Streit darüber, ob die Reallasten wirklich ~~Obligationen sind~~, und nicht vielmehr zu den dinglichen Rechten gehören. S. über diese Frage aus der neueren Zeit noch Häberlin Zeitschr. f. deutsch. R. XVIII. 5 (1858), Gerber Jahrb. f. Dogm. II. 2 (1858) und VI. 5 (1862) v. Meibom Jahrb. d. gem. R. IV S. 498 fg. (1860).

B. Mehrheit der Subjecte*.

Einleitung.

§. 292.

Wenn Mehrere zusammen Etwas zu fordern haben oder zusammen Etwas schuldig sind, so ist die Regel die, daß zwischen ihnen eine Theilung der Leistung nach Bruchtheilen eintritt. Nur scheinbar hat daher jeder Gläubiger Dasselbe zu fordern und ist jeder Schuldner Dasselbe schuldig, und nur scheinbar daher auch findet für alle Gläubiger und Schuldner ein und dasselbe For=

---

* Ribbentrop zur Lehre von den Correal=Obligationen (1831). Sa= §. 292. vigny Obligationenrecht I §. 16—27 (1851). Brinz kritische Blätter Nr. 4 (1853). Bekker die processualische Consumption §. 17 (1853). Rückert zur Theorie der Correalobligationen, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 1 (1855). Vangerow III §. 573 (1856). Kuntze die Obligation ꝛc. §. 30—57 (1856), vgl. dens. zu Holzschuher III S. 111—115 (1864). v. Helmolt die Correal=Obligationen (1857). Demangeat des obligations solidaires en droit romain (1858). Windscheid zur Lehre von den Correalobligationen, krit. Ueberschau VI. 11 (1859). Fitting die Natur der Correalobligationen (1859). Stintzing zur Lehre von den Correalobligationen, krit. VJSchr. I. 18 (1859). Girtanner die Stipulation S. 252—289 (1859). Samhaber zur Lehre von der Correalobligation (1861). Windscheid in der krit. VJSchr. III S. 161—179 (1861). Dworzak zur Lehre von der Correalobligation, Haimerl's österr. VJSchr. Bd. VIII Heft 2 (1861). O. Schönemann in der Beilage zur Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX S. 9—17 (1862). Fritz Beitrag zur Lehre von den Correalobligationen und über den Musterfall der römischen Correalobligationen, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII. 6. XVIII. 18. XIX. 2. XXII. 12 (1860—65). Baron die Gesammtrechtsverhältnisse im röm. R. S. 205—391 (1864). Siebenhaar Correalobligationen nach römischem, gemeinem und sächsischem Recht. Erste Abtheilung. Römisches Recht. 1867. (Diese Schrift kündigt sich an als ein Protest der Praxis gegen die Theorie, und im Besonderen gegen die Keller=Ribbentrop'sche Theorie. Ich wage es zu behaupten, daß dieser Protest spurlos vorübergehen wird.) Unterholzner I §. 86—91, Sintenis II §. 89, Brinz §. 142—143. — Noch im Jahr 1829 konnte geschrieben werden (Guyet Abhandl. aus dem Gebiete des Civilrechts S. 262): „Es ist . . nicht leicht über irgend einen andern Hauptpunkt des römischen Rechts die Litteratur so dürftig, wie über diesen". Mancher möchte vielleicht diesen Zustand zurückwünschen. — Dogmengeschichtliche Uebersichten bei Windscheid in dem zuerst genannten Aufsatz, Dworzak, Samhaber, Fritz in dem Aufsatz XVII. 1.

derungsrecht Statt; in der Wirklichkeit ist, wie jeder Gläubiger etwas Anderes zu fordern hat, und jeder Schuldner etwas Anderes schuldig ist, so auch für jeden Gläubiger und jeden Schuldner ein besonderes, von dem Forderungsrecht des Andern unabhängiges, Forderungsrecht vorhanden. Diese Theilung tritt ebensowohl in dem Fall ein, wo die Gemeinschaftlichkeit der Berechtigung und Verpflichtung eine ursprüngliche ist, d. h. darauf beruht, daß die begründende Thatsache mehrere Personen zugleich erfaßt hat, als in dem Falle, wo die Gemeinschaftlichkeit eine nachfolgende ist, d. h. darin ihren Grund hat, daß an die Stelle des ursprünglich Einen Gläubigers oder Schuldners durch Erbgang eine Mehrheit von Personen getreten ist[1].

Die Theilung der Leistung, und damit des Forderungsrechtes, unter die mehreren Gläubiger und Schuldner tritt aber nicht immer ein. Sie ist nicht möglich, wenn die Leistung eine Theilung ihrer Natur nach nicht zuläßt (§. 253). Auch wo Theilung möglich ist, kann sie durch die Willkür der Parteien oder gesetzliche Bestimmung ausgeschlossen sein. Dieß sind die beiden Fälle, von denen hier näher zu handeln ist; sie müssen jedoch, da für sie nicht durchweg das Nämliche gilt, in der Betrachtung auseinandergehalten werden. Zuerst wird von dem letzten Fall gehandelt werden; die hergebrachte Bezeichnung für denselben ist „Correalobligation" (active Correalobligation oder Correalforderung, passive Correalobligation oder Correalschuld, Correalgläubiger, Correalschuldner[2]).

Mit der Correalobligation theilt die öconomische Bedeutung ein anderes Rechtsverhältniß, dessen juristische Structur eine

[1] Für diesen letzteren Fall war die Theilung in den 12 Tafeln ausdrücklich anerkannt: l. 6 C. fam. herc. 3. 36, l. 1 C. si un. ex plur. 8. 32. In Betreff des Falls ursprünglicher Gemeinschaftlichkeit s. l. 11 §. 1. 2 D. de duobus reis 45. 2, l. 5 C. si certum 4. 2, l. 1 l. 2 C. si plures 7. 55, l. 43 D. de re iud. 42. 1.

[2] Diese Bezeichnungen beruhen auf dem in unseren Quellen Ein Mal (in l. 3 §. 3 D. de lib. leg. 34. 3) vorkommenden Ausdruck „correus". Gewöhnlich sprechen die Quellen von duo oder plures rei schlechthin, oder mit dem Zusatz credendi, debendi (l. 34 pr. D. de rec. 4. 8), oder stipulandi, promittendi (häufig), — welche Ausdrücke jedoch nicht streng technisch sind, vgl. l. 31 §. 10 D. de aed. ed. 21. 1 (Ribbentrop S. 158—169), l. 5 §. 15 D. commod. 13. 6, auch l. 35 D. de adm. et per. 26. 7.

wesentlich verschiedene ist, das Verhältniß, wo zwar auch bei einer Mehrheit der Gläubiger oder Schuldner nur einmalige Leistung gefordert werden kann, aber für jeden Gläubiger und Schuldner ein besonderes Forderungsrecht vorhanden ist. Wegen der Gleichheit der öconomischen Bedeutung muß dieses Verhältniß sogleich mit der Correalobligation, obgleich es im System an diesen Ort nicht gehört, abgehandelt werden. Man pflegt zur Bezeichnung desselben den Ausdruck „bloß solidarische Obligation"[3] zu gebrauchen.

1. Die Correalobligation*.

a. Rechtsverhältniß.

§. 293.

Die Correalobligation ist eine einige Obligation mit einer Mehrheit der subjectiven Beziehungen[1]. Es ist nur Eine Obligation

[3] Auch das Correalverhältniß ist ein Solidarverhältniß, d. h. ein Verhältniß, bei welchem jeder Gläubiger und Schuldner „solidum" zu fordern hat und schuldig ist. Aber das Correalverhältniß hat außer der Solidarität noch eine andere Eigenschaft, die der Einheit der Obligation. Savigny gebraucht zur Bezeichnung des bloß solidarischen Verhältnisses den Ausdruck „unächte Correalität" oder „unächtes Correalverhältniß". — Die Bezeichnung, daß jeder Gläubiger und Schuldner „solidum" zu fordern habe und schuldig sei, ist quellenmäßig (vgl. z. B. §. 1 I. de duob. reis 3. 16, l. 2 D. eod. 45. 2, l. 55 pr. D. de adm. tut. 26. 7); aber sie sagt eigentlich nicht, daß nur einmalige Leistung gefordert werden könne, weßwegen denn auch die Quellen keinen Anstand nehmen, dieselbe Bezeichnung da zu gebrauchen, wo Mehrere aus Einer Thatsache in der Weise auf das Ganze haften, daß Jeder das Ganze leisten muß, vgl. z. B. l. 21 §. 9 D. de furt. 47. 2, l. 1 C. de cond. furt. 4. 8. Wo die Quellen hervorheben wollen, daß nur Ein Mal geleistet zu werden brauche, sagen sie, daß die Mehreren „idem", „eandem pecuniam" zu fordern haben bez. schuldig seien, vgl. z. B. l. 21 §. 5 D. de pact. 2. 14, l. 12 §. 3 D. de inoff. 5. 2, l. 17 §. 2 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 2 l. 18 l. 19 D. de duob. reis 45. 2, l. 38 pr. l. 45 D. de adm. tut. 26. 7, l. 52 §. 3 D. de fidei. 46. 1.

* Inst. 3. 16 de duobus reis stipulandi et promittendi. Dig. 45. 2 de duobus reis constituendis. Cod. 8. 40 de duobus reis stipulandi et promittendi. §. 293.

[1] Diese Formel zur Bezeichnung des Wesens der Correalobligation ist zuerst von Keller (über Litiscontestation und Urtheil S. 446 fg.) aufgestellt,

vorhanden, aber diese nicht bloß für Einen Gläubiger, für Einen Schuldner, sondern in gleicher Weise auch für einen andern oder

---

und durch die bei * §. 292 bezeichnete Schrift von Ribbentrop zur allgemeinen Anerkennung gebracht worden. In der neueren Zeit aber gewinnt eine andere Auffassung an Boden, welche auch bei der Correalobligation, wie bei dem bloßen Solidarverhältniß, eine formale Mehrheit der Obligationen für die einzelnen Gläubiger und Schuldner annimmt. Dieser Auffassung huldigen Rückert, Kuntze, v. Helmolt, Fritz (der zwar äußerlich die Einheitstheorie mit der Mehrheitstheorie combinirt, aber die Annahme der Einheit nur auf einem vulgären Sprachgebrauch beruhen läßt — dawider zwar Fritz XXII. S. 455, aber s. XVII S. 165—166. XVIII S. 377—387 —), Schönemann, Sintenis in der neuen Auflage, E. A. Seuffert in der neuesten Auflage von seines Vaters Lehrbuch §. 228 Note 4. S. dawider Windscheid, Sambhaber, Dworzak a. a. OO. Daß in dieser Streitfrage die Ausdrucksweise der Quellen nicht entscheiden kann, darf als anerkannt angesehen werden. Die Quellen sprechen sowohl von una obligatio (pr. I. h. t., l. 9 pr. D. de pact. 2. 14, l. 116 D. de V. O. 45. 1, l. 3 §. 1 l. 9 §. 1 D. h. t., l. 71 pr. D. de fidei. 46. 1, l. 16 pr. D. de acc. 46. 4, l. 14 D. ratam rem 46. 8), als von plures obligationes (l. 3 pr. l. 9 §. 2 l. 13. D. h. t., l. 5 D. de fidei. 46. 1, l. 31 §. 1 D. de nov. 46. 2, l. 128 D. de V. O. 45. 1). Die „plures obligationes" erklärt die hier vertheidigte Ansicht von der Mehrheit der subjectiven Beziehungen der Einen Obligation; der entgegengesetzten Ansicht bietet sich für die una obligatio eine Erklärung in der einfachen Leistungspflicht dar (vgl. aber auch Windscheid krit. Ueberschau VI S. 212). Entscheidend für die Einheit scheint mir aber noch immer zu sein, daß sich ohne die Annahme derselben nicht erklärt, warum gewisse Gründe der Aufhebung von Obligationen, wenn sie auch nur in der Person Eines Gläubigers oder Eines Schuldners eintreten, doch auch die übrigen Gläubiger beseitigen und auch die übrigen Schuldner befreien. Das gilt namentlich von Erlaß, Eid, Urtheil, litis contestatio, vgl. Windscheid krit. Ueberschau S. 213—218. krit. VJSchr. S. 169—174, und unten §. 295 Note 3. 4. 6. 8. — Es gibt auch Auffassungen der Correalobligation, welche zwischen der Einheits- und der Mehrheitstheorie eine Vermittelung suchen (Hasse Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der Gütergemeinschaft S. 47. 48 u. Note 1, Bekker a. a. O., s. dagegen Ribbentrop S. 17 fg., Windscheid krit. Ueberschau S. 222), oder beide Theorieen combiniren (Brackenhöft Identität und Connexität S. 145, s. dagegen Vangerow S. 70, — ferner Baron a. a. O. namentlich §. 19 und Siebenhaar a. a. O., über beide s. unt., — in gewisser Weise gehört auch Fritz hierher, s. ob.), oder sich gegen den Gegensatz der Obligations-Einheit und Mehrheit indifferent verhalten. Von der letzteren Art ist die namentlich durch Fitting a. a. O. (s. außerdem Koch Recht der Forderungen II §. 62, Girtanner Bürgschaft S. 75—79. 397—402. 568. Stipulation S. 252—274) vertretene Auffassung, welche die Correalobligation mit der alternativen Obligation zusammenstellt. Fitting sieht das

mehrere andere Gläubiger oder Schuldner. Und zwar für jeden Einzelnen so, als wenn er der alleinige Gläubiger, der alleinige

Wesen der Correalobligation darin, daß einstweilen noch eine Unbestimmtheit in Betreff der Person des Gläubigers oder des Schuldners stattfinde, und erst durch eine später eintretende Wahl gehoben werde. Dieser Auffassung hat sich im Wesentlichen Stintzing a. a. O. angeschlossen. S. gegen dieselbe Windscheid krit. VJSchr. S. 164 fg. und vgl. jetzt auch Salkowski Novation S. 456 fg. Doch glaube ich, daß in dieser Auffassung ein wahres Element liegt. Auch die Einheitstheorie wird, wenn sie nicht mit der Identität des Subjects auch die Identität der Leistung aufgeben will, nicht umhin können, die Correalobligation aufzufassen als gerichtet auf eine alternativ bestimmte Leistung, — Leistung durch A oder B, an A oder B. Nur, da sogleich jede Leistung gefordert werden kann, ist auch sogleich jede in obligatione, und daher jeder in der Correalobligation Bezeichnete sogleich Gläubiger und Schuldner (§. 255 Note 5). S. auch Arndts 5. Aufl. §. 213 zu Anm. 6. — Von den Combinationstheorieen sei hier noch der von Baron und Siebenhaar aufgestellten, als der neuesten über die Correalobligation überhaupt aufgestellten Theorieen, näher gedacht. Baron nimmt für jeden der Gläubiger und Schuldner eine besondere, außerdem aber für die Gesammtheit der Gläubiger und Schuldner eine einige Obligation an. Die Absicht nämlich bei der Begründung eines Correalverhältnisses sei die Schaffung einer einigen, ungetheilten Obligation, diese Absicht könne aber gegenüber der Vorschrift der 12 Tafeln „nomina sunt ipso iure divisa" bei einer Mehrheit der Subjecte nicht erreicht werden, deßwegen werde von den Contrahenten aus ihren Einzelnpersonen eine neue, einige Person gebildet (Baron bezeichnet diese neue Person als „natürliche" Person, verlangt zum wenigsten für dieselbe Anerkennung als „fingirte" Person, S. 71), welcher dann die einige ungetheilte Obligation zugeschrieben werde. Aber das geschehe auch bloß zu dem Ende, damit für jeden Gläubiger und Schuldner als Glied der Gesammtheit eine Obligation in solidum stattfinden könne; die Gesammtobligation sei ein bloßes Durchgangsstadium, die Sonderobligationen ihr Ziel (S. 237). So läßt denn auch Baron die neue von ihm angenommene Gesammtperson nirgends, sei es handelnd oder leidend, hervortreten; seine Gesammtobligation führt ihr Leben nur in der Person der einzelnen Gläubiger und Schuldner. Dabei geht er davon aus, daß ein Ereigniß, welches die eine Sonderobligation betrifft, die andere nicht berühre; anders sei es nur mit Erfüllung und Verfügung; durch diese Thatsachen werde auch die andere Sonderobligation aufgehoben — wegen der Obligationseinheit (S. 245 in Verbindung mit S. 234. 235). Siebenhaar (s. namentlich S. 26 fg.) lehrt, es finde zwar eine Mehrheit von Obligationen statt, diese seien aber „äqual", und daher trotz ihrer Mehrheit nur eine einzige Obligation! Diese Eine Obligation ist ihm auch nicht etwa bloß etwas Gedachtes, sondern etwas real Existirendes, welches als dieses aufgehoben werden kann (S. 281)! — Ueber eine eigenthümliche Wendung, welche Brinz der Einheitstheorie gegeben hat, s. Windscheid krit. Ueberschau S.

Schuldner wäre. Daher kann jeder Gläubiger die Forderung einziehen, ohne der Mitwirkung des Mitgläubigers zu bedürfen, von jedem Schuldner kann die Forderung eingezogen werden, ohne daß er sich auf das Vorhandensein eines Mitschuldners berufen dürfte[2]. Ist aber ein Mal geleistet worden, so ist jeder Gläubiger beseitigt und jeder Schuldner befreit[3]. Uebrigens kann der Gläubiger, wenn er will, seine Forderung auch theilen[4].

Die bezeichnete strenge Verhaftung der Correalschuldner kommt jedoch nicht überall rein zur Anwendung. Gewisse Correalschuldner genießen die Begünstigung, daß sie nur subsidiarisch haften, nur für den Fall, daß der Gläubiger nicht im Stande sein sollte, von den andern Mitschuldnern Befriedigung zu erlangen. Diese Begünstigung bezieht sich entweder auf die ganze Schuld, so daß der Begünstigte in erster Linie für gar nichts haftet (Rechtswohlthat der Vorausklage)[5], oder nur auf die auf die übrigen Mitschuldner fallenden Kopftheile, so daß der Begünstigte für seinen Kopftheil auch in erster Linie haftet (Rechtswohlthat der Theilung)[6]. Die erste Begünstigung genießt der Bürge in seinem

227—229, Fitting S. 5 fg., Dworzak S. 6, Arndts §. 213 Anm. 5; aber auch Rudorff zu Puchta §. 233. a.

[2] L. 31 §. 1 D. de nov. 46. 2: — „ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi acquisiisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto eius, cum quo commune ius stipulantis est, amittere debitorem potest". L. 3 §. 1 D. h. t.: — „ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti". — An und für sich könnte das Rechtsverhältniß auch anders geordnet sein, nämlich so, daß die eine ungetheilte Obligation nur von den mehreren Gläubigern zusammen und nur gegen die mehreren Schuldner zusammen geltend gemacht werden dürfte. Diese Ordnung der Mitberechtigung ist wirklich durchgeführt beim Miteigenthum (I §. 169[a]). — Darf der Gläubiger auch gleichzeitig jeden der mehreren Schuldner auf das Ganze belangen? Seuff. Arch. VI. 257, XII. 12, XIX. 22, XX. 20. Variationsrecht? Vgl. Holzschuher III §. 220 Nr. 4.

[3] §. 1 I. h. t., l. 3 §. 1 D. h. t. u. a. m.

[4] L. 3 §. 1 l. 11 pr. D. h. t., l. 51 §. 1 D. de fidei. 46. 1, l. 8 §. 1 D. de leg. I° 30.

[5] S. g. beneficium excussionis oder ordinis.

[6] S. g. beneficium divisionis. — Das Nähere über diese beiden beneficia wird, um den Zusammenhang nicht zu sehr zu unterbrechen, unten in der Lehre von der Bürgschaft, wo sie ihre Hauptanwendung finden, vorgetragen werden. — Das HGB. Art. 281 schließt bei Handelsgeschäften die Einrede der Theilung und der Vorausklage ganz aus.

Verhältniß zum Hauptschuldner[7], ebenso aber auch jeder andere vertragsmäßige Correalschuldner, welcher die Schuld nur im Interesse seines Mitschuldners übernommen hat;[8] die zweite Begünstigung kommt zu Gute: a) mehreren Bürgen, welche für dieselbe Schuld eingetreten sind[9]; b) dem vertragsmäßigen Correalschuldner, den die Schuld materiell nur zu seinem Theil angeht[10].

---

[7] Nov. 4 c. 1.

[8] Nov. 99 c. 1. Ist die in Note 10 vertretene Auslegung dieser Stelle richtig, so ist der im Texte bezeichnete Satz eine nothwendige Consequenz. Nach der Nov. 99 c. 1 kann übrigens der belangte Schuldner nicht sowohl vorherige Ausklagung des Mitschuldners fordern, als vielmehr nur gleichzeitige Belangung desselben, worauf dann der Richter beide Processe verbinden, und im Endurtheil, wenn der Mitschuldner sich als insolvent ausweist, sofort den zuerst belangten Schuldner verurtheilen muß. Daher paßt der Ausdruck: Rechtswohlthat der Vorausklage für diesen Fall streng genommen nicht; er wird jedoch der Kürze wegen beibehalten.

[9] §. 4 I. de fidei. 3. 20, l. 26—28 l. 51 §. 4 D. eod. 46. 1, l. 7 D. de fidei. tut. 27. 7, l. 3 C. de pec. const. 4. 18. Ausnahme: l. 12 D. rem pupilli 46. 6.

[10] Nov. 99 c. 1. Freilich ist die Auslegung dieser Stelle sehr bestritten. Die hauptsächlichsten abweichenden Meinungen sind folgende. 1) Die Vorschrift der Novelle beziehe sich auf alle Correalschuldner, oder wohl gar auf alle Solidarschuldner, mit Ausnahme nur derjenigen, welche es aus Delict geworden sind. 2) Sie beziehe sich nur auf Correalschuldner, welche sich gegenseitig für einander verbürgt haben. 3) Sie beziehe sich auf Theilschuldner, welche sich für einander verbürgt haben. — Die hier gebilligte Auslegung ist die von Vangerow aufgestellte. Auf dieselbe scheint mir sowohl der Wortlaut der Stelle hinzuweisen (sie spricht von Solchen, welche einerseits „ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι“ geworden sind, andererseits besonders erklärt haben, daß Jeder für das Ganze haften solle), als die Natur der Sache; nach dieser Auslegung hat Justinian den sehr nahe liegenden Schritt gethan, daß er bei der passiven Correalobligation das derselben zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältniß auch dem Gläubiger gegenüber zur Anerkennung gebracht hat. — Die herrschende Ansicht ist die unter 1) bezeichnete, und für dieselbe hat sich auch eine feste Praxis ausgesprochen (vgl. Seuff. Arch. VIII. 134, XII. 336, XIII. 95. 134; Holzschuher III §. 220 Nr. 3). Entscheidend scheint mir diese Praxis in einer doch vorzugsweise doctrinellen Frage nicht sein zu können. Auch ist sie bereits in dem Urtheil bei Seuff. XII. 13 verlassen, vgl. auch II. 173 und Burchardi Arch. f. civ. Pr. XIX S. 50. Literatur und Uebersicht der verschiedenen Ansichten bei Vangerow §. 573 Anm. 4; hinzuzufügen: v. Helmolt §. 18 (für die dritte Meinung), Wieding Novella Justiniani 99, Berolini 1857 (für die gemeine Meinung, vgl. krit. VJSchr. I S. 285—290). — Die Nov. 99 c. 1 gibt sich als Ausdehnung der Nov. 4 c. 1. Daraus

Die Einheit der Correalobligation ist kein Hinderniß, daß deren mehrfache subjective Beziehung für die verschiedenen Subjecte auch verschieden gestaltet sei. So kann namentlich der eine Gläubiger oder Schuldner schlechthin, der andere unter einer Bedingung oder einer Befristung berechtigt oder verpflichtet sein, oder Jeder unter einer anderen Bedingung oder Befristung[11]. Es können auch die mehreren subjectiven Beziehungen der Correalobligation sich auf Eine Person vereinigen, so daß diese Person trotz der Einheit der Obligation mehrfach berechtigt oder verpflichtet ist[12].

§. 294.

Unterliegt der Gläubiger, welcher das Ganze eingefordert hat, dem Rückgriff seiner Mitgläubiger auf Herausgabe eines verhältnißmäßigen Theils des Eingeforderten, und hat umgekehrt der Schuldner, welcher das Ganze geleistet hat, einen Rückgriff gegen seine Mitschuldner auf Ersatz eines verhältnißmäßigen Theils des Geleisteten[1]? Auf diese Frage gibt die Correalobligation als solche keine Antwort[2]; es kommt auf das derselben zu Grunde

---

folgt, daß für sie im Einzelnen nicht die Grundsätze von dem benef. divisionis des Bürgen, sondern die Grundsätze der Nov. 4 c. 1 gelten. Daher hat namentlich der Schuldner hier die Befugniß, die Belangung des Mitschuldners zu fordern, auch ohne daß er den Beweis der Zahlungsfähigkeit desselben führen müßte (vgl. §. 479 Note 3—5). Dieß ist nicht beachtet in den Erk. bei Seuff. IX. 140, XII. 336. (Umgekehrt geht zu weit das Erk. XIII. 95 [a. a. O. Note 3]). Von der anderen Seite kann der Schuldner auch hier nicht sowohl vorherige, als vielmehr nur gleichzeitige Belangung des Mitschuldners verlangen (Note 8). — Aus dem älteren Rechte: l. 47 D. loc. 19. 2.

[11] §. 2 I. h. t., l. 7 D. h. t. Vgl. l. 9 §. 2 D. eod. — Nicht aber darf auch der Leistungsinhalt für die verschiedenen Subjecte ein verschiedener sein, l. 9 §. 1 l. 15 D. h. t.

[12] L. 13 D. h. t., l. 5 D. de fidei. 46. 1, l. 93 l. 95 §. 3 D. de sol. 46. 3. Vgl. Seuff. Arch. IX. 272.

[1] W. Sell Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 21. IV. 12 (1830. 1831). v. Schröter das. VI S. 409—435 (1833). Habicht rechtl. Erörterungen I S. 1 fg. (1843). Schmid die Grundlehren der Cession I S. 369—374 (1863). Savigny §. 23—25, Vangerow III §. 573 Anm. 3, Windscheid krit. Ueberschau VI S. 229—232, Samhaber §. 19. Weitere Literaturangaben bei Schröter, Vangerow und Samhaber.

§. 294. [2] A. M. in Betreff der Correalschuld Sell und Savigny, auch Zaun

liegende materielle Rechtsverhältniß an[3]. Kraft dieses Rechtsverhältnisses kann übrigens ein Rückgriffsrecht nicht bloß auf einen Theil, sondern auch auf das Ganze begründet sein[4]. — In den Fällen, wo für den leistenden Schuldner ein Rückgriffsrecht begründet ist, kann derselbe außerdem von dem Gläubiger, welchen er befriedigt, verlangen, daß dieser ihm seinen Anspruch gegen die Schuldner, gegen welche dem Leistenden das Rückgriffsrecht zusteht, abtrete[5]. Diese Befugniß ist auch Mitbürgen eingeräumt worden, obgleich dieselben ein Rückgriffsrecht gegen einander nicht haben[6].

§. 295.

Nicht bloß durch die Leistung an einen Correalgläubiger und durch einen Correalschuldner werden auch die übrigen Gläubiger beseitigt und auch die übrigen Schuldner befreit: es gibt noch eine Reihe von andern Aufhebungsthatsachen, welche ebenfalls eine über die Person desjenigen Obligationssubjectes, in welchem sie eintreten, hinausgehende Wirkung haben. Dahin gehören vor Allem die Erfüllungssurrogate: Leistung an Erfül-

---

Arch. f. prakt. RW. N. F. I S. 132 fg.; dieselben lassen einen Ersatzanspruch für den leistenden Correalschuldner ohne Weiteres eintreten. Für diese Ansicht spricht nicht l. 2 C. h. t. (Note 3), und ebenso wenig l. 65 D. de evict. 21. 2 (Vangerow S. 83). Gegen dieselbe spricht sehr entschieden l. 62 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, sowie, daß anerkanntermaßen der zahlende Bürge einen Rückgriff gegen den Mitbürgen nicht hat; s. außerdem l. 34 pr. D. de rec. 4. 8, l. 10 §. 10 D. de in rem verso 15. 3, l. 29 D. de lib. leg. 34. 3, — Stellen, auf welche erst Samhaber (a. a. O.) und Fitting (S. 40 Note 41. S. 103 Note 129) aufmerksam gemacht haben. S. auch Seuff. Arch. I. 331.

[3] Abgesehen von den Fällen, wo der Begründung der Correalobligation ein Gesellschafts- oder Auftragsverhältniß zu Grunde liegt, ist ein Rückgriff überall begründet, wo das Aequivalent für die erworbene Mitforderung von allen Gläubigern beschafft, oder der Vortheil der eingegangenen Mitschuld allen Schuldnern zu Gute gekommen ist (nach den Grundsätzen der condictio sine causa [§. 422 Note 4] und der negotiorum gestio [§. 431 Note 12]). Von dem letzteren Fall ist wahrscheinlich l. 2 C. h. t. zu verstehen. Vgl. auch Seuff. Arch. VII. 158.

[4] So namentlich bei der Bürgschaft.

[5] L. 13 C. de loc. 4. 65. Vgl. l. 47 D. loc. 19. 2. Seuff. Arch. XX. 21.

[6] L. 11 C. de fidei. 8. 41, l. 39 D. eod. 46. 1. Vgl. §. 481 Note 9. 10.

lungsstatt (§. 342 Nr. 2), gerichtliche Hinterlegung (§. 347), durchgeführte Compensation[1], — während die Compensationseinrede selbst einem andern Gläubiger, als demjenigen, gegen welchen die Gegenforderung begründet ist, und von einem andern Schuldner, als demjenigen, welchem die Gegenforderung zusteht, nur insofern entgegengesetzt werden kann, als das Eingeforderte dem Mitgläubiger, welcher Schuldner in der Gegenforderung ist, herausgegeben, oder das Geleistete von dem Mitschuldner, welcher Gläubiger in der Gegenforderung ist, ersetzt werden muß[2], — endlich die Novation[3]. Ferner hat objective Wirkung der Erlaß[4], vorausgesetzt daß er in der That

---

§. 295. [1] Beweisstellen für das in Betreff dieser Thatsachen Gesagte lassen sich nicht beibringen; aber deßwegen ist es nicht weniger sicher. Unter durchgeführter Compensation wird eine durch Vertrag oder richterliches Urtheil vollzogene Compensation verstanden.

[2] L. 10 D. h. t. „Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri pecuniam debet". Das Nähere s. §. 350 Note 18. 19.

[3] L. 31 §. 1 D. de nov. 46. 2 (über den Sinn des Schlusses dieser Stelle s. einerseits Hasse Güterrecht der Ehegatten nach röm. R. S. 305 fg., Bechmann röm. Dotalrecht S. 115, auch Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II S. 156 fg., andererseits v. Salpius Novation und Delegation S. 175), vgl. l. 8 §. 11 l. 20 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 33 §. 1 D. de stip. serv. 45. 3. L. 27 pr. D. de pact. 2. 14 handelt von argentarii socii, die keine eigentlichen Correalgläubiger sind. S. Savigny S. 174 fg. und unten §. 297 Note 8. Ueber die verschiedenen Meinungen s. Vangerow S. 99—101. — Einen Beweis für die Einheit der Correalobligation gewährt die objective Wirkung der Novation nicht, eben weil sie Erfüllungs-Surrogat ist. Jedenfalls das Resultat der Novation ist, daß der Gläubiger an Stelle des verlorenen Forderungsrechts ein anderes (für sich oder einen Dritten) hat, welches er durch Hingabe des verlorenen erworben, für das verlorene eingetauscht hat. Deßwegen wird man auch nicht umhin können, der Novation eine gleiche objective Wirkung auch da zuzuschreiben, wo anerkanntermaßen eine Mehrheit von Obligationen bei einmaliger Leistungspflicht stattfindet. Auch wird in l. 31 §. 1 D. de nov. 46. 2 als Unterstützung für die objective Wirkung der Novation angeführt; „eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus". Vgl. §. 353 Note 3, wo auch die Literatur angegeben ist. — S. noch Note 5.

[4] Acceptilatio: l. 31 §. 1 D. de nov. 46. 2, l. 13 §. 12 l. 16 D. de accept. 46. 4. Hatte auch das pactum de non petendo in rem (über das pactum de non petendo in personam s. l. 22 l. 25 §. 1 D. de pact. 2. 14, l. 3 §. 3 D. de lib. leg. 34. 3) Wirkung für die anderen Correalschuldner und gegen die andern Correalgläubiger? Unzweifelhaft für die andern Schuldner

auf die ganze Obligation, und nicht bloß auf die subjective Beziehung desjenigen Obligationssubjectes, welches den Erlaßvertrag abschließt, gerichtet ist[5]. Was von dem Erlasse überhaupt gilt,

---

im Falle eines Regreßanspruches: l. 21 §. 5 l. 24 l. 25 pr. l. 32 D. de pact. 2. 14, l. 9 §. 1 D. h. t. (vgl. Seuffert Pand. §. 291 Note 2a). Eine weitergehende Wirkung des pactum, also für die andern Correalschuldner bei nicht begründetem Regreßanspruch, und für die andern Correalgläubiger überhaupt, leugnet die gemeine Meinung. Doch kommt dabei in Betracht: a) daß l. 25 §. 2 l. 26 D. de pact. 2. 14 aus dem pactum des Bürgen dem Hauptschuldner und dem Mitbürgen, wenn auch nicht exceptionem pacti, doch exceptionem doli geben; b) daß, was Correalgläubiger angeht, l. 34 pr. D. de rec. 4. 8 wenigstens so viel sagt, daß bei vorhandenem Regreßanspruch das Fordern des einen Gläubigers auch das Fordern des andern sei, während l. 27 pr. i. f. D. de pact. 2. 14, welche die Wirksamkeit des pactum für den andern Gläubiger leugnet, nicht nothwendigerweise auf den Fall eines Regreßanspruches bezogen zu werden braucht. — Was das heutige Recht angeht, so haben wir in unserer Quittung einen der römischen acceptilatio durchaus entsprechenden Erlaßvertrag (§. 357 Note 15). Zwischen pactum de non petendo und directem Erlaßvertrag darf, wenn der Wille der Parteien unzweifelhaft darauf gerichtet ist, daß das Forderungsrecht in aller und jeder Beziehung unwirksam werden solle, heutzutage nicht mehr unterschieden werden (§. 357 Note 7). Der directe Erlaß aber, auch wenn er nicht in die Form der Quittung eingekleidet worden ist, hat Wirkung für die sämmtlichen Correalgläubiger und -Schuldner kraft der Einheit der Correalobligation. — Was den Beweis angeht, der aus den genannten Bestimmungen des römischen Rechts für die Einheit der Correalobligation hergeleitet werden kann, so glaube ich (jetzt, vgl. krit. VJSchr. III S. 170), daß die objective Wirkung der acceptilatio möglicherweise auch ohne die Annahme der Einheit der Correalobligation erklärt werden kann (vgl. §. 357 Note 5), nicht aber auch die in l. 25 §. 2 l. 26 D. de pact. 2. 14 bezeugte objective Wirkung des pactum de non petendo. — Vgl. zu dem Gesagten noch G. Ph. v. Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des römischen Rechts II Nr. 19 und Guyet Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts Nr. 11; ferner Vangerow S. 103—108 und die daselbst Citirten, außerdem Rückert S. 36—39, Scheurl Beiträge II S. 27. 28, Fitting S. 44 fg. 93 fg., E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. §. 291 Note 3. 4, Baron S. 293 fg. 308 fg.

[5] S. die vorige Note. — Ist die gleiche Beschränkung auch in Betreff der Novation hinzuzufügen, so daß also die Möglichkeit einer Novation anzuerkennen wäre, durch welche nicht an die Stelle der vorhandenen Obligation eine andere, sondern an die Stelle einer subjectiven Beziehung der vorhandenen und fortdauernden Obligation eine andere subjective Beziehung gesetzt wird? Dagegen die herrschende Meinung, welche zuletzt vertheidigt worden ist von Fritz XIX S. 72—73, Salkowski Novation S. 351 fg.; dafür Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II S. 153 fg., Arndts

gilt auch von dessen besonderen Anwendungen im Vergleiche[5a], Schiedsrichter- und Schiedseidvertrag[6]. Auch das die Obligation[7] aberkennende Urtheil wirkt gegen alle Gläubiger und für alle Schuldner, wenngleich sie am Processe nicht Theil genommen haben[8]. — Dagegen wird durch Confusion nur eine Person aus

---

§. 268 Anm. 10, Rückert S. 15. 41 fg., Helmolt S. 142, Baron S. 391 fg., welche Schriftsteller (mit Ausnahme von Arndts) sogar so weit gehen, die beschränkte Wirkung der Novation als die Regel zu setzen (auf Grund von l. 31 §. 1 D. de nov. 46. 1 „cum id specialiter agit", welche Worte von der andern Seite, und gewiß richtiger [vgl. l. 29 eod.] für eine Interpolation gehalten werden).

[5a] Savigny S. 179, Brinz S. 40 fg., Risch Vergleich S. 195 fg.

[6] In Betreff des Eides s. l. 28 pr. §. 1. 3 l. 42 §. 1. 2 D. de iurei. 12. 2, l. 1 §. 3 D. quar. rer. actio 44. 5. L. 34 pr. D. de rec. 4. 8 spricht nur von dem Verfall der Strafe, nicht von der aus dem Schiedsvertrag erwachsenden Einrede. Natürlich muß auch hier der Vertragswille (und die Entscheidung, welcher er sich unterordnet) auf die Obligation selbst, nicht bloß auf die persönliche Beziehung des einen Obligationssubjects gerichtet sein. L. 28 §. 1 cit.: — „si modo ideo interpositum est iusiurandum, ut de ipso contractu et de re, non de persona iurantis ageretur". S. noch l. 1 §. 3 cit. — Jedenfalls beim Schiedseidvertrag reichte schon nach römischem Recht nudum pactum hin. Die Beweiskraft für die Einheit der Correalobligation, welche darin liegt, glaubt Fitting §. 12 durch Hinweisung auf l. 28 §. 2 D. de iurei. 12. 2 beseitigen zu können, indem er in dieser Stelle den Satz ausgesprochen findet, daß der Schiedseid gleiche objective Wirkung auch bei der bloß solidarischen Obligation habe. Aber es scheint mir (jetzt, vgl. krit. Vierteljahrsschr. III S. 172) nicht zweifelhaft, daß die genannte Stelle von einem Bürgschaftsfall handelt. Dafür spricht: a) der Zusammenhang mit §. 1; b) der Schluß der Stelle: quod et in fideiussore *debiti* distinguendum est"; c) l. 2 §. 5 D. qui satisd. 2. 8. „In *fideiussorem*, qui aliquem *iudicio sisti promiserit*, tanti quanti ea res erit actionem dat praetor". Vgl. auch Baron S. 378.

[7] Die Obligation, nicht bloß eine persönliche Beziehung derselben.

[8] L. 42 §. 3 D. de iurei. 12. 2. (Daß diese Stelle die Wirkung der litis contestatio ignorirt, erklärt sich aus l. 28 C. de fidei. 8. 41: — „invenimus etenim et in fideiussorum cautionibus plerumque ex *pacto* huiusmodi causae esse prospectum".) Die objective Wirkung des Urtheils leugnen Kuntze S. 210 fg., Fitting S. 70. 71, E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. §. 296 Note 2. Für dieselbe neuerdings Hartmann Arch. f. civ. Pr. L S. 133 fg. Vgl. noch I §. 132 Note 4—6. Dem Urtheil steht gleich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Sie wirkt objectiv, wenn sie die Obligation selbst, bloß subjectiv, wenn sie nur eine subjective Beziehung

der Obligation herausgenommen, während die Obligation selbst, also für die andern Gläubiger bez. Schuldner, fortbesteht[9]. Ebenso hebt die Anspruchsverjährung die Obligation nur für die betreffende Person auf[10], obgleich die Unterbrechung der Verjährung, welche von einem Gläubiger oder gegen einen Schuldner bewirkt worden ist, auch den andern Gläubigern und gegen die andern

---

der Obligation aufheben will. Von letzterem Falle handeln l. 3 §. 4 l. 48 pr. D. de min. 4. 4. Vgl. Savigny S. 195, Baron S. 333.

[9] L. 71 pr. D. de fidei. 46 1: — „et puto . . .confusione obligationis eximi personam". Der Grund, warum die Confusion die Obligation aufhebt, ist, weil Niemand sein eigener Gläubiger oder Schuldner sein kann; dieser Grund fällt weg, wenn neben dem Gläubiger, welcher mit dem Schuldner zusammengefallen ist, noch ein zweiter Gläubiger, neben dem Schuldner, welcher mit dem Gläubiger zusammengefallen ist, noch ein zweiter Schuldner vorhanden ist. Fitting sieht in der bloß subjectiven Wirkung der Confusion einen entscheidenden Beweis gegen die Einheit der Correalobligation, S. 103 fg.; dagegen Samhaber S. 118, Windscheid krit. VJSchr. III S. 176. — Die l. 71 pr. cit. spricht nur von der passiven Correalobligation, aber die herrschende Meinung läßt mit Recht ihre Entscheidung auch für die active gelten. A. M. Arndts Rechtslex. IV S. 18 Note 140 und Pand. §. 273 Anm. 2, Fitting S. 202—203; dagegen Fritz XIX S. 76—80, Baron S. 356—357. Man bemerke über diese Frage Folgendes. a) Durch die Confusion verliert der Gläubiger sein Forderungsrecht nicht ohne Aequivalent, — er braucht eine Schuld nicht zu erfüllen, die ihm sonst zur Last fallen würde; weßwegen auch die Quellen die confusio mit der solutio zusammenstellen (§. 352 Note 4). Daher war die Frage wohl erlaubt, ob nicht die Confusion auch bei der Correalobligation „potestate solutionis" (l. 50 D. de fidei. 46. 1) wirke, und in der That wird diese Frage in l. 71 pr. cit. aufgeworfen („iusta dubitatio est"), aber ausdrücklich verneint. Wäre sie bejaht worden, so hätte dieß zur Anerkennung der objectiven Wirkung der Confusion nicht bloß bei der activen, sondern auch bei der passiven Correalobligation geführt. Kann dem Mitgläubiger entgegengesetzt werden, daß er fordere, was der Schuldner (ehemalige Mitgläubiger) bereits mit dem Verluste seiner Forderung bezahlt habe, so kann dem Mitschuldner (jetzigem Gläubiger) entgegengesetzt werden, daß er fordere, wofür er bereits durch Befreiung von seiner Schuld bezahlt sei. b) Eine Selbstwahl des Mitgläubigers, welcher den Schuldner beerbt hat oder von ihm beerbt worden ist (Fitting), ist nicht möglich: aus dem einfachen Grunde nicht, weil der Correalgläubiger die Wahl nur zwischen den mehreren Schuldnern hat, er aber sein eigener Schuldner nicht ist, weil er es nicht sein kann.

[10] Weil nur für die betreffende Person eine Unthätigkeit vorliegt, in welcher die Anspruchsverjährung ihren Grund hat. A. M. Puchta §. 235 zu k, Kuntze S. 193, Fitting S. XIV, Arndts §. 277 Anm. 2.

Schuldner hilft[11]. Endlich bewirkt die in der Person eines Correalgläubigers oder Correalschuldners ohne die Schuld des Schuldners eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung nicht, daß auch der Mitgläubiger sein Forderungsrecht verliere und auch der Mitschuldner frei werde[12], so wie umgekehrt die Verschuldung eines Mitschuldners nicht bewirkt, daß die Obligation für den Mitschuldner, der an der Unmöglichkeit nicht Schuld ist, fortdauere[13].

---

[11] L. 5 C. h. t. Eine singuläre Vorschrift Justinians, welche übrigens als Grund die Einheit der Correalobligation bezeichnet. Ist nicht wenigstens auf Grund dieser Vorschrift der Vollendung der Anspruchsverjährung Wirkung für alle Obligationssubjecte zuzuschreiben? So Kuntze S. 193, Fitting S. XIV. Aber, wie nahe auch diese Ergänzung des Gedankens liegt, Justinian hat sie nicht ausgesprochen. Man darf auch nicht sagen, daß nach Justinians Vorschrift die Anspruchsverjährung sich immer nothwendig für alle Obligationssubjecte zugleich vollende; man denke z. B. an den Fall, wo für einen der Gläubiger oder Schuldner eine aufschiebende Bedingung oder Befristung gilt. Savigny S. 194, Fritz XIX S. 90.

[12] Eine auf die Person eines Correalgläubigers beschränkte Unmöglichkeit der Erfüllung liegt vor, wenn derselbe den zu leistenden Gegenstand anderweitig erlangt, worüber das Nähere §. 360 Nr. 3. Eine unverschuldete Unmöglichkeit bloß für die Person eines Correalschuldners liegt vor, wenn die Unmöglichkeit durch die Schuld des Mitschuldners eingetreten ist.

[13] Dafür beweist: a) daß der Hauptschuldner nicht für die Schuld des Bürgen haftet, l. 19 D. de dolo 4. 3, l. 32 §. 5 D. de usur. 22. 1, l. 88 D. de V. O. 45. 1, l. 38 §. 4 D. de solut 46. 3, und ebenso b) der correus nicht für den Verzug des correus, l. 32 §. 4 D. de usur. 22. 1. Nichtsdestoweniger stellt die herrschende Ansicht den entgegengesetzten Satz auf, mit Berufung auf die Einheit der Correalobligation, und auf l. 18 D. h. t. „Ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet“. Aber es scheint mir ein Irrthum zu sein, daß dieser Satz durch die Einheit der Correalobligation gefordert oder auch nur erklärt werde: warum sollte nicht auch hier, wie sonst, die Obligation für die eine subjective Beziehung absterben können, während sie für die andere fortdauert? Und was l. 18 cit. angeht, so hat Fritz XIX S. 83 (s. auch Baron S. 288 fg.) nachgewiesen, daß es jedenfalls nicht unmöglich ist, diese Stelle in anderer Weise zu verstehen. Andere haben durch Emendation zu helfen gesucht („non“ oder „nequaquam“ statt „quoque“, oder „stipulandi“ oder „credendi“ statt „promittendi“, Kuntze S. 155 Note 9; „sociis“ statt „factis“, Bekker Jahrb. des gem. R. III S. 123 fg., — dagegen Fritz XIX S. 85), oder durch Annahme einer Interpolation mit Rücksicht auf l. 5 C. h. t. (Fitting S. 81 Note 96 und S. 241 Note 260), s. auch Girtanner Bürgsch. S. 499 und Stipulation S. 265 Note 217. Vgl. noch Rückert S. 19—31, Wirth Arch. f. civ. Pr. XXXIX. 6, Samhaber S. 102 fg.

Das Letztere ist anders nur dann, wenn die Verpflichtung, in welcher der unschuldige Mitschuldner steht, nichts ist, als die Erstreckung der Verpflichtung des schuldigen[14].

§. 296.

Kann eine Correalobligation sich auf eines der Obligationssubjecte auch in anderer Weise concentriren, als dadurch, daß eine eintretende Aufhebungsthatsache dieses eine Subject unberührt läßt? Anerkannt ist dieß nur für die active Correalobligation. Hier schließt jeder Gläubiger die andern Gläubiger aus: a) durch den Streitbeginn[1]; b) dadurch, daß er sich von dem Schuldner ein Erfüllungsversprechen geben läßt[2].

---

[14] So haftet der Bürge für die Verschuldung des Hauptschuldners, der Vater bei der actio quod iussu und den entsprechenden Klagen für die Verschuldung des Sohnes. L. 91 §. 4. 5 D. de V. O. 45. 1.

[1] Im klassischen römischen Recht hob die litis contestatio die Obligation im Uebrigen auf, und ließ sie nur für diesen Proceß fortdauern (I §. 124 Note 1). Damit war von selbst gegeben, daß sie jeden andern Correalgläubiger ausschloß, ebenso aber auch jeden andern Correalschuldner befreite. Die consumirende Kraft der litis contestatio ist nun zwar im Justinianischen Rechte abgestorben; aber nichtsdestoweniger läßt sich nicht füglich bezweifeln, daß auch nach Justinianischem Recht jeder Correalgläubiger sein Forderungsrecht dadurch verliert, daß der Mitgläubiger den Proceß gegen den Schuldner erhebt und bis zum Streitbeginn durchführt. Nur wirkt jetzt die litis contestatio nicht mehr kraft ihrer processualen Natur, sondern als Ausübung des dem Correalgläubiger zustehenden Wahlrechts, oder, was nur eine andere Wendung desselben Gedankens ist, als Prävention (Occupation), — Gesichtspunkte, von welchen jedenfalls der erste in unsern Quellen neben dem Gesichtspunkt der Consumtion mit Entschiedenheit hervorgehoben wird (vgl. Fitting §. 31, Fritz XIX S. 98—99). Beweis für das Gesagte ist: a) daß Justinian den Satz, daß ein Correalschuldner durch den mit dem Mitschuldner begonnenen Proceß befreit werde, noch besonders aufgehoben hat (l. 28 C. de fidei. 8. 41), während er von dem entsprechenden Satze für die Correalgläubiger kein Wort sagt; b) daß die Compilatoren eine Reihe von Stellen, in denen dieses letzteren Satzes gedacht wird, aufgenommen haben (l. 2. 16 D. h. t., l. 5 D. de fidei. 46. 1, l. 31 §. 1 D. de nov. 46. 2), während sie die Stellen, welche von dem ersteren handelten, entweder ausgelassen oder unschädlich gemacht haben (z. B. l. 2 D. h. t., l. 8 §. 1 D. de leg. I° 30). Nichtsdestoweniger schreibt die herrschende Meinung dem Streitbeginn Einfluß ebensowenig auf die active Correalobligation zu, wie auf die passive (vgl. Vangerow S. 102). Die hier vertretene Ansicht ist namentlich von Fitting vertheidigt worden, welcher nur darin zu weit geht, daß er die litis conte- §. 296.

b. Entstehung.

§. 297.

Eine Correalobligation kann, wie jede andere Obligation, begründet werden durch Rechtsgeschäft, richterliche Verfügung, gesetzliche Vorschrift. In allen diesen Fällen aber ist das Gemeinsame das, daß die Wirkung einer und derselben Thatsache ungetheilt auf eine Mehrheit von Personen bezogen wird[1].

1. Vertrag. a) Es wird ein Vertrag zwischen Mehreren abgeschlossen, — ein und derselbe Vertrag zwischen Allen, nicht für jeden Contrahenten ein besonderer[1a]. Dabei wird aber die aus-

---

statio auch für das klassische römische Recht lediglich nach dem Gesichtspunkte der Wahl wirken läßt. Diese Einseitigkeit hat vermieden Fritz XIX §. 22—25. Vgl. noch Samhaber S. 95 fg. 131 fg., Windscheid krit. VJSchr. III S. 172—174, Arndts §. 271 Anm. 4, E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. §. 295 Note 6[a], Baron S. 363 fg. (welcher die litis contestatio gegen die übrigen Gläubiger deßwegen wirken läßt, weil er ihr noch für das Justinianische Recht consumirende Kraft zuschreibt).

[2] L. 10 D. de pec. const. 13. 5. Diejenigen, welche den Gesichtspunkt der Wahl oder Prävention nicht anerkennen, haben dieser Stelle gegenüber einen harten Stand. Vgl. Fritz XIX §. 27 und die daselbst gemachten Literaturangaben, Bruns Zeitschr. f. R.Gesch. I S. 81—83, Baron S. 302 fg. (welcher gegen die Gesichtspunkte der Wahl und Prävention polemisirt, und dafür lehrt, daß der Correalgläubiger kraft seines Gläubigerrechts — die Befugniß habe, den Schuldner zu verpflichten, nur ihm zu zahlen).

§. 297. [1] Vgl. Windscheid krit. Ueberschau VI S. 226—228.

[1a] Die Einheit des Vertrages tritt besonders deutlich in der Stipulationsformel hervor, welche die Quellen für die Begründung einer Correalobligation angeben. Pr. I. h. t. „Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat: *spondeo*; ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: *utrique vestrum dare spondeo.* Nam si prius Titio spoponderit, deinde alii interroganti spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: *Maevi decem aureos dare spondes*, *et Sei eosdem decem aureos dare spondes?* si respondeant singuli separatim: *spondeo.* Vgl. l. 3 pr. l. 4 l. 6 §. 3 l. 12 pr. D. h. t., l. 28 §. 2 D. de stip. serv. 45. 3. Ueber die Frage, ob nach römischem Recht eine Correalobligation auch durch eine andere Vertragsform, als die Stipulation (und den Literalcontrakt? l. 9 pr. D. de pact. 2. 14, l. 34 pr. D. de rec. 4. 8, Savigny S. 148—150, v. Salpius Novation und Deleg. S. 97—98), habe begründet werden können, s. l. 9 pr. D. h. t., l. 13 §. 9 l. 47 D. loc. 19. 2, l. 16 pr. D. de

drückliche oder stillschweigende Erklärung abgegeben, daß die durch den Vertrag begründete Obligation für alle Contrahenten ungetheilt bestehen solle[2]. Oder b) es wird ein Vertrag dahin abgeschlossen, daß in eine durch eine andere Thatsache begründete Obligation ein neuer Gläubiger oder Schuldner hineintreten solle[3].

---

pec. const. 13. 5, l. 5. 9. 12 C. si certum 4. 2, und Ribbentrop §. 19. 20, Savigny S. 153—157, Brinz S. 10, Kuntze S. 169—172, Fritz XXII S. 461 fg. (über l. 9 pr. h. t. S. 475 fg.).

[2] L. 11 §. 1. 2 D. h. t. „Cum tabulis esset comprehensum, *illum et illum centum aureos stipulatos*, neque adiectum, *ita ut duo rei stipulandi essent*, virilem partem singuli stipulati videbantur. Et et contrario, cum ita cautum inveniretur: *tot aureos recte dari stipulatus est Iulius Carpus, spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Dius*, partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum, singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent". L. 5. 9. 12 C. si cert. 4. 2. Deutsche Formeln: Einer für Alle, Alle für Einen; sammt und sonders. Vgl. Sambaber S. 164. — Die oft aufgestellte Behauptung, daß die solidarische Verhaftung der mehreren contrahirenden Schuldner immer ausdrücklich ausgemacht werden müsse, beruht auf einer irrigen Auslegung der Nov. 99 c. 1. Vgl. Vangerow S. 90. — HGB. Art. 280. „Wenn zwei oder mehrere Personen einem Andern gegenüber in einem Geschäft, welches auf ihrer Seite ein Handelsgeschäft ist, gemeinschaftlich eine Verpflichtung eingegangen sind, so sind sie als Solidarschuldner zu betrachten, sofern sich nicht aus der Uebereinkunft mit dem Gläubiger das Gegentheil ergibt".

[3] Daß auch in dieser Weise eine Correalobligation begründet werden könne, ist nicht allgemein anerkannt; es wird von Manchen behauptet, daß die durch nachfolgenden Vertrag begründete Obligation immer wenigstens formal eine neue sei. Vgl. Fritz XVIII S. 363 fg. und die daselbst Citirten, jetzt auch Baron S. 254 fg. (welcher zwischen activer und passiver Correalobligation unterscheiden will). Für die hier vertheidigte Ansicht beruft man sich gewöhnlich vorzugsweise auf l. 3 pr. D. h. t.; es ist zuzugeben, daß diese Stelle nicht entscheidend ist. Ebensowenig sind entscheidend die anderen Stellen, welche man anzuführen pflegt, l. 9 §. 2 D. h. t., l. 7 §. 1 D. de auct. 26. 8, l. 8 §. 5 D. de nov. 46. 1. Aber es ist anerkannt, daß durch nachfolgende Stipulation ein fideiussor beigezogen werden kann, und wenn auch die Quellen den fideiussor nicht als correus bezeichnen, vielmehr den fideiussor und reus überall den plures rei entgegensetzen, so zeigt doch die Obligation des fideiussor in ihrem Verhältniß zur Hauptobligation alle charakteristischen Eigenschaften der Correalobligation, und in l. 1 §. 8 D. de O. et A. 44. 7 wird vom fideiussor ausdrücklich gesagt, daß er „eadem obligatione" verhaftet sei. Vgl. Sambaber S. 169 fg.; für die entgegengesetzte Ansicht zuletzt Baron S. 262 fg., Arndts §. 350 Anm. 4. Sodann: wenn die Parteien ausdrücklich erklären würden, daß auf den neu Eintretenden nur die vorhandene Obligation solle

2. Letztwillige Verfügung. Auch hier ist erforderlich die Erklärung des Willens, daß jeder der Bedachten oder Beschwerten ungetheilt Gläubiger oder Schuldner sein solle[4].

3. Das Gleiche gilt auch für die richterliche Verfügung[5].

4. Gesetzliche Bestimmung. Unmittelbar durch gesetzliche Bestimmung tritt eine Correalobligation ein in Folge der Erstreckung der Verbindlichkeit der Gewaltunterworfenen auf den Gewalthaber und in den analogen Fällen[6]. Ferner stehen in einer gesetzlichen Correalverbindlichkeit die mehreren Eigenthümer eines Schaden anrichtenden Thieres[7].[8]

---

erstreckt werden: warum sollte ihrem Willen nicht Statt gegeben werden? — Hierher gehört auch das Rechtsverhältniß, welches bei der Cession vor der Anzeige an den Schuldner stattfindet, obgleich bei demselben für die Möglichkeit der Concentration auf die Person Eines Gläubigers abweichende Grundsätze gelten. S. §. 331.

[4] Diese Willenserklärung liegt unter Anderm darin, daß der Erblasser Mehrere alternativ belastet: ille *aut* ille centum dato. L. 25 pr. D. de leg. III° 32, l. 8 §. 1 D. de leg. I° 30 (wo die Worte „et solutum" interpolirt sind), l. 9 pr. i. f. D. h. t. (wo statt „*et* Maevius" ohne Zweifel zu lesen ist „*aut* Maevius"). Wäre man einer solchen Verfügung gegenüber bei der Regel stehen geblieben, daß bei alternativer Belastung, wo nicht das Gegentheil gesagt ist, der Belastete die Wahl hat, so hätte der Vermächtnißnehmer von Keinem fordern können; so ließ man hier, beim Vermächtnisse, eine freiere Interpretation eintreten. — Aus dem Vermächtniß zu Gunsten des Einen oder des Andern entsteht seit Justinians Verfügung in l. 4 C. de V. S. 6. 38 eine Theilforderung. Vgl. l. 16 D. de leg. II° 31, l. 17 §. 1 l. 24 l. 67 §. 7 l. 77 §. 4 eod., l. 21 §. 1 D. de statul. 40. 7. Fitting S. 151 Note 179. S. noch Fitting §. 29, Fritz XVIII §. 5. XXII §. 3, Baron S. 256 fg.

[5] L. 43 D. de re iud. 42. 1, l. 1. 2 C. si plures 7. 55. Uebrigens begründet das richterliche Urtheil (abgesehen von der Kostenverurtheilung) eigentlich eine Correalobligation nur dann, wenn das Urtheil irrig ist, weil es sonst nur ausspricht, was vorhanden ist. Vgl. Samhaber S. 166 fg., wo auch die Literatur sorgfältig verzeichnet ist (nachzutragen jedoch Helmolt §. 10 Note 2, und jetzt Baron S. 260 fg.).

[6] Bei den s. g. actiones adiecticiae qualitatis. Vgl. Samhaber S. 176 fg. und die daselbst Citirten, jetzt noch Baron S. 262 fg. Seuff. Arch. XIV. 93.

[7] Und nach römischem Recht die mehreren Eigenthümer eines delinquirenden Sclaven. Der Grund der Correalität ist die Einheit des Delicts in Verbindung mit der Einheit des für Alle vorhandenen Eigenthums (I §. 169[a] Note 5). L. 1 §. 14 D. si quadrupes 9. 1, l. 8 D. de nox. act. 9. 4, l. 7

2. Die bloße Solidarität.

§. 298.

Auch hier kann jeder Gläubiger[1] das Ganze fordern und jeder Schuldner ist das Ganze schuldig, auch hier werden durch einmalige Leistung alle Gläubiger beseitigt, und alle Schuldner frei[2]: aber für jeden Gläubiger und jeden Schuldner findet ein besonderes Forderungsrecht Statt. Die Folge davon ist die, daß eine Aufhebungsthatsache, welche in der Person eines Gläubigers oder Schuldners eintritt, sofern sie nicht Erfüllung ist oder der Erfüllung gleichsteht, für die übrigen Gläubiger und Schuldner gleichgültig ist[3]. Hiernach[3a] haben außer der Erfüllung objective

---

l. 8 l. 20 pr. D. de interr. 11. 1. Vgl. noch l. 11 §. 9 l. 27 §. 8 D. de pec. 15. 1. Ribbentrop §. 26, Brinz S. 14—18, Vangerow S. 75, Baron S. 272—274.

[8] Das römische Recht kennt noch einen andern Fall einer auf gesetzlicher Bestimmung beruhenden Correalität, wenn nämlich zwei argentarii zusammen ihr Gewerbe betrieben; jedoch war diese Correalität, wenigstens was ihre active Seite angeht, eine sehr unausgebildete. Vgl. Auct. ad Her. II. 13, l. 27 pr. D. de pact. 2. 14. Savigny S. 150—153; Rösler Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 269—275. — S. ferner l. 44 §. 1 D. de aed. ed. 21. 1. Gehört hierher auch l. 31 §. 10 eod.? Vgl. Ribbentrop S. 158 fg. — Vgl. HGB. Art. 112: „Die Gesellschafter haften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen. Eine entgegenstehende Verabredung hat gegen Dritte keine rechtliche Wirkung".

[1] Gewöhnlich lehrt man, daß das bloß solidarische Rechtsverhältniß auf der Gläubigerseite nicht vorkommen könne. Das ist gewiß zu weit gegangen, obgleich es ebenso wahr ist, daß die Hauptanwendung dieses Rechtsverhältnisses auf der Schuldnerseite liegt. Einen sicheren Fall bloß solidarischer Berechtigung einer Mehrheit von Gläubigern enthält l. 14 pr. D. de nox. act. 9. 4 (— „ei itaque debetur, non qui prior egit, sed qui prior ad sententiam pervenit"). Vgl. auch Puchta §. 233. 1. §. 298.

[2] L. 14 §. 15 D. quod met. causa 4. 2, l. 1 §. 43 D. dep. 16. 3 u. a. m.

[3] Und so war nach römischem Recht namentlich die litis contestatio für die übrigen Gläubiger und Schuldner gleichgültig. L. 1 §. 10 l. 2 l. 3 l. 4 D. de his qui eff. 9. 3, l. 1 §. 43 D. dep. 16. 3, l. 18 §. 1 D. de adm. 26. 7 u. a. m. Ribentrop S. 1 Note 2. Hiervon ging Ribbentrop aus, als er zwischen der Correal- und der bloß solidarischen Obligation in derjenigen Weise unterschied, wie es jetzt noch immer von der Mehrzahl der Schriftsteller als richtig anerkannt wird. Fritz (XXII S. 471. 478—79. 492)

Wirkung nur: Leistung an Erfüllungsstatt[4], gerichtliche Hinterlegung[4], durchgeführte Compensation[4], Novation[5], Quittung[6]. Auch darin unterscheidet sich das bloß solidarische Rechtsverhältniß von der Correalobligation, daß bei demselben die Möglichkeit der Concentration auf die Person Eines Gläubigers wegfällt[7]. Im Uebrigen gelten für beide Rechtsverhältnisse die gleichen Grundsätze. Namentlich kommt es auch bei der bloßen Solidarität vor, daß der Gläubiger nicht von jedem der mehreren Schuldner sofort das Ganze fordern kann, sondern zuerst an Einen, oder an Jeden zu seinem Theil, sich halten muß, — Rechtswohlthat der Vorausklage und der Theilung[8]. Die eine und die

---

glaubt dieses Argument für die Unterscheidung einer doppelten Art von Solidarobligation durch den Hinweis darauf beseitigen zu können, daß auch bei der Correalobligation der Ausschluß der objectiven Wirkung der Litiscontestation durch Vertrag möglich und gewöhnlich gewesen sei (l. 28 C. de fidei. 8. 41). Anders Siebenhaar S. 79—80. 111—112, was der Vollständigkeit wegen hier noch citirt sein mag.

[3a] Vgl. hierzu noch Römer bedingte Novation §. 23 in Verbindung mit §. 20—22 (freilich auch Salkowski Novation S. 456—458).

[4] Vgl. §. 295 Note 1. An Beweisstellen fehlt es auch hier.

[5] Nach der in §. 295 Note 3 und §. 353 Note 3 entwickelten Bedeutung der Novation. Damit die Novation diese Wirkung habe, ist nicht nothwendig, daß die neue Obligation an Werth der eingetauschten gleich sei, aber wohl, daß der Gläubiger sie als Aequivalent für die verlorene angesehen habe. Sonst liegt theilweiser Erlaß vor. Fitting §. 9, namentlich S. 56; vgl. übrigens auch Ribbentrop S. 271, Savigny S. 202 (S. 176), Vangerow S. 109.

[6] Insofern sie der römischen acceptilatio entspricht (§. 357 Note 15). Die acceptilatio aber ist Erklärung des Willens, daß Alles so gehalten werden solle, als wäre Erfüllung erfolgt (§. 357 Note 5). Sie ist vertragsmäßige Erklärung dieses Willens; — aber bei der Correalobligation wirkt sie unbestritten über die Person des andern Vertragssubjectes hinaus: warum sollte es hier anders sein? So auch — im Widerspruch mit der herrschenden Meinung — Fitting §. 8 nam. S. 48, vgl. §. 295 Note 4 a. E. Aber nicht das Gleiche, wie von der Quittung (acceptilatio), darf von dem in die Form eines Empfangsbekenntnisses nicht eingekleideten Erlaß gesagt werden. So auch l. 15 D. de tutelae 27. 3, l. 1 C. de transact. 2. 4. Nur wenn Jemand für den von einem Andern angerichteten Schaden erst in zweiter Linie haftet, kommt ihm der Jenem gewährte Erlaß gleichfalls zu Gute. L. 41. 45 D. de admin. 26. 7. — Ueber l. 28 §. 2 D. de iurei. 12. 2 s. §. 295 Note 6.

[7] Diese Wirkung kann weder durch litis contestatio erreicht werden (l. 14 pr. D. de nox. act. 9. 4), noch durch constitutum.

[8] S. §. 293 Note 5. 6.

andere Rechtswohlthat steht demjenigen zu, welcher wegen Verschuldung mit einem Andern zusammen auf Ersatz eines Schadens haftet: die erste, wenn der Andere an dem angerichteten Schaden in erster Linie Schuld ist[9], die zweite, wenn der Andere sich mit ihm in gleicher Verschuldung befindet[10]. Um so mehr muß die Rechtswohlthat der Theilung denjenigen zugestanden werden, welche zusammen aus fremder Verschuldung haften[11]. So weit die Rechtswohlthat der Vorausklage und der Theilung reicht, ist auch für denjenigen, welcher Mehr leistet, als er eigentlich zu leisten braucht, ein Rückgriff gegen den Mitschuldner[12], sowie ein Anspruch gegen den Gläubiger, welchen er befriedigt, auf Abtretung der diesem zustehenden Forderung begründet[13].

---

[9] Anerkannt: a) bei Mitvormündern, l. 3 §. 2 l. 39 §. 11 l. 55 §. 2 D. de admin. tut. 26. 7, l. 12 D. rem. pup. 46. 6, l. 8 C. de adm. tut. 5. 37, l. 2. 3 C. de div. tut. 5. 52, l. 2 C. de her. tut. 5. 54, l. 1 C. si tut. vel cur. 5. 64; b) bei Mitbeamten, l. 11—13 D. ad mun. 50. 1, l. 3 pr. l. 9 §. 8 D. de adm. rer. 50. 8, l. 1. 2. 4 C. quo quisque ord. 11. 35. In diesen Vorschriften nicht den Ausdruck eines allgemeinen Principes anzuerkennen, halte ich, namentlich auch dem weiten Umfang gegenüber, in welchem die Rechtswohlthat der Theilung und der Regreß bei gleicher Lage der Parteien anerkannt sind (l. 22 D. dep. 16. 3, l. 4 D. de his qui eff. 9. 3), nicht für gerechtfertigt.

[10] Anerkannt: a) bei Mitvormündern, l. 38 pr. §. 1 D. de adm. tut. 26. 7, l. 1 §. 11. 12 D. de tutelae 27. 3; b) bei Mitbeamten, l. 45 D. de adm. tut. 26. 7, l. 7 D. de mag. conv. 27. 8, l. 3 C. eod. 5. 75; c) bei mehreren Depositaren (Erben eines Depositars), l. 22 D. dep. 16. 3; d) bei mehreren Zollpächtern, welche aus Entwendung oder Beschädigung haften, l. 6 D. de public. 39. 4. In den beiden letzten Fällen wird die Rechtswohlthat der Theilung sogar für den Fall eines gemeinschaftlichen Dolus zugestanden; anders entscheidet für Mitbeamte l. 7 cit. — Ueber die auf Nov. 99 c. 1 gestützte Meinung, nach welcher alle vertragsmäßigen Solidarschuldner die Rechtswohlthat der Theilung haben sollen, s. §. 293 Note 10, Vangerow S. 91.

[11] Vgl. l. 5 pr. D. de his qui eff. 9. 3.

[12] L. 30 D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 §. 13. 14 D. de tutelae 27. 3, l. 2 C. de contr. iud. tut. 5. 58, l. 2 §. 8. 9 D. de adm. rer. 50. 8, l. 4 D. de his qui eff. 9. 3. Den Fall der Böswilligkeit schließt (bei Mitvormündern) ausdrücklich aus l. 1 §. 14 cit. Vgl. Schmid Grundlehren der Cession I S. 359—369.

[13] L. 1 §. 13. 14. 18 l. 21 D. de tutelae 27. 3, l. 6 C. arb. tut. 5. 51, l. 2 C. de div. tut. 5. 52, l. 2 C. de contr. iud. tut. 5. 58. Den Fall

Die Entstehung des bloß solidarischen Rechtsverhältnisses[13a] setzt einerseits eine Mehrheit von Thatsachen voraus, auf der andern Seite, daß die durch diese mehreren Thatsachen begründeten mehreren Forderungsrechte sämmtlich auf denselben Zweck gerichtet sind, so daß, wenn das eine Forderungsrecht erfüllt ist, das andere gegenstandlos geworden ist[14]. Der Hauptfall des bloß solidarischen Rechtsverhältnisses ist der, wo Mehrere auf Ersatz eines und desselben Schadens haften, aus unerlaubtem Verhalten[15], oder Ver-

---

der Böswilligkeit schließen ausdrücklich aus (bei Mitvormündern) l. 1 §. 14 cit., l. 38 §. 2 D. de adm. tut. 26. 7.

[13a] Ueber die verschiedenen Ansichten s. die Uebersicht bei Samhaber §. 16; dazu jetzt Baron §. 16. 17.

[14] Der nahe liegende und bequeme Ausdruck: die mehreren Forderungsrechte müssen auf dieselbe Leistung gerichtet sein (vgl. §. 292 Note 3 a. E.), gibt über die Beziehung, in welcher die mehreren Forderungsrechte zu einander stehen müssen, keinen genügenden Aufschluß. Ist dieselbe Leistung vorhanden, wenn kraft des einen und des anderen Forderungsrechtes 100 Gulden gefordert werden können? Gewiß nicht. Oder wenn zwei Forderungsrechte auf Verschaffung des Eigenthums an einer individuell bestimmten Sache gehen? Ebensowenig (§. 360 Nr. 3). Wann denn? Vgl. auch I §. 121 Note 10.

[15] Es macht dabei keinen Unterschied, ob dieses unerlaubte Verhalten unter dem Gesichtspunkt eines Delicts, oder unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen eine concrete Rechtspflicht zur rechtlichen Betrachtung kommt. Ueber den ersten Fall s. l. 1 §. 4 D. de eo per quem fact. erit 2. 10, l. 14 §. 15 l. 15 D. quod met. causa 4. 2, l. 17 pr. D. de dolo 4. 3, l. 5 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 3 pr. D. si mens. 11. 6, l. 7 §. 4 l. 8 D. quod falso tut. 27. 6, l. 1 §. 13 D. de vi 43. 16, l. 1 C. de cond. furt. 4. 8 (Ribbentrop §. 14. 15); über den zweiten Fall s. l. 5 §. 15 D. comm. 13. 6, l. 1 §. 43 l. 22 D. dep. 16. 3, l. 15 D. de tutelae 27. 3 (l. 18 §. 1 D. de adm. tut. 26. 7), vgl. Ribbentrop §. 9. 10. 19. — Zu dem Gesagten bemerke man noch: a) eine unerlaubte Handlung, welche Mehrere gemeinschaftlich vornehmen, ist eine unerlaubte Handlung für Jeden; nur scheinbar liegt hier Einheit der Handlung vor. Vgl. l. 1 §. 14 D. de tutelae 27. 3. „Plane si ex dolo communi conventus praestiterit tutor, neque mandandae sunt actiones, neque utilis competit, *quia proprii delicti poenam subit* . . “. Ebenso l. 15 eod. (s. unten). Wird in l. 15 §. 2 D. quod vi 43. 24 ausnahmsweise die Einheit der Handlung betont und deßwegen Correalschuld für die mehreren Delinquenten angenommen, oder ist die Stelle anders zu erklären? Vgl. Ribbentrop S. 95 fg., Schmidt Interdiktenverfahren S. 200 fg., s. auch noch Baron S. 219—221. b) Wenn eine und dieselbe Sache bei Mehreren deponirt, oder Mehreren geliehen wird, oder wenn Mehreren ein Auftrag gegeben wird (vgl. noch l. 60 §. 2 D. mand. 17. 1), oder Mehrere aus einem andern Grunde zur Besorgung fremder Angelegenheiten verpflichtet sind, so liegt zu-

trag[16], oder aus sonstigem Grunde[17]; aber es ist nicht der einzige Fall[18].

3. Mehrheit der Gläubiger oder Schuldner bei Untheilbarkeit der Leistung*.

§. 299.

Wenn Mehrere zusammen eine untheilbare Leistung zu fordern haben, oder eine untheilbare Leistung schuldig sind, so tritt zwar nach der Vorschrift des römischen Rechts ebenfalls Solidarität

---

nächst eine untheilbare Obligation vor. Die Folge dieser Untheilbarkeit ist, daß Jeder für seine Verschuldung in Betreff des Ganzen, nicht bloß in Betreff eines Theils einzustehen hat. Läßt er sich eine Verschuldung zu Schulden kommen, so nimmt dadurch seine Verpflichtung für ihn eine neue Gestalt an. Lassen sich mehrere Verpflichtete eine Verschuldung zu Schulden kommen, so sind sie aus dieser Solidarschuldner. Dieß ist entschieden die Auffassung der Quellen. L. 5 §. 15 D. comm. 13. 6: — „sed esse verius ait, et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere". L. 1 §. 14 D. de tutelae 27. 3 (s. ob.). L. 15 D. eod. „Si ex duobus tutoribus cum altero quis transegisset, quamvis ob dolum communem, transactio nihil proderit alteri; nec immerito, cum unusquisque doli sui poenam sufferat, . . . ut in duobus, quibus res commodata est, vel deposita, quibusque mandatum est". S. ferner l. 81 §. 1 D. de sol. 46. 3 (— „sed etsi sine praetore sine dolo malo hoc fecero, liberabor, *aut, quod verius est, non incidam in obligationem*") und l. 21 §. 1 D. dep. 16. 3 (l. 1 C. an serv. 4. 14). Vgl. Baron S. 208 fg. Fritz XXII S. 373 fg. nimmt in diesen Fällen Correalität an, in Folge des Willens der Parteien, welcher zwar nicht ausgesprochen sei, aber sich aus der Natur der versprochenen Leistung von selbst ergebe.

[16] L. 21 l. 59 §. 3 D. mand. 17. 1, l. 52 §. 3 D. de fidei. 46. 1.

[17] So haften mehrere Bewohner desselben Gemaches mit der actio de effusis et eiectis solidarisch. L. 1 §. 10 — l. 4 D. de his qui eff. 9. 3. Warum sind sie nicht Correalschuldner, wie die mehreren Eigenthümer eines delinquirenden Sclaven oder schadenden Thieres? Wenn Mehrere zusammen wohnen, so ist das Wohnen des Einen nicht das Wohnen des Andern; aber wenn Mehrere zusammen Eigenthümer sind, so ist allerdings das Eigenthum des Einen das Eigenthum des Andern (I §. 169[a]).

[18] Namentlich entsteht eine bloß solidarische Verpflichtung noch dadurch, daß Jemand die Verpflichtung eines Andern (nicht übernimmt, sondern) zu erfüllen verspricht. L. 18 §. 3 D. de pec. const. 13. 5, vgl. l. 97 §. 1 D. de V. O. 45. 1.

* Die Literatur dieser Lehre ist bei §. 253 angegeben. §. 299.

der Berechtigung und Verpflichtung ein[1]; aber diese Solidarität hat ihre Besonderheiten[2]. Einmal ist dieselbe unbedingt nur eine formale; der Gläubiger, welcher die Leistung eingezogen hat, muß seine Mitgläubiger unbedingt für ihren Antheil entschädigen, und ebenso unbedingt kann der Schuldner, welcher geleistet hat, von seinen Mitschuldnern Ersatz für ihren Antheil verlangen[3]. Sodann aber wird die Solidarität auch in formaler Beziehung nicht streng durchgeführt; abgebrochen wird von derselben in dem Falle, wo eine Mehrheit von Gläubigern vorhanden ist. Ist nämlich in diesem Falle die Leistung nicht von der Art, daß durch die dem einen der mehreren Gläubiger gemachte Leistung eine Befriedigung auch der übrigen herbeigeführt wird[4], so braucht

---

[1] L. 2 §. 2 l. 85 §. 2 D. de V. O. 45. 1, l. 17 D. de serv. 8. 1, l. 19 D. de S. P. R. 8. 3, l. 25 §. 9—11 D. fam. herc. 10. 2, l. 11 §. 23. 24 de leg. III° 32, l. 80 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 192 pr. D. de R. I. 50. 17.

[2] Diese Solidarität, — d. h. diejenige Solidarität, welche bloß deßwegen eintritt, weil die Leistung untheilbar ist. Es kann aber bei Untheilbarkeit der Leistung auch einer der andern möglichen Gründe der Solidarität vorhanden sein. In diesem Falle gelten die im Vorhergehenden dargestellten Grundsätze.

[3] Die Quellen erkennen dieses Rückgriffsrecht direct nur für Mitschuldner an, und nur für solche Mitschuldner, welche es durch Erbgang geworden sind, — l. 25 §. 10 l. 44 §. 8 D. fam. herc. 10. 2, l. 49 §. 4 D. de leg. II° 31, l. 11 §. 23. 24. D. de leg. III° 32, l. 2 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Allein es ist unzweifelhaft, daß das Rückgriffsrecht auch andern Mitschuldnern, und ebenso unzweifelhaft, daß es auch Mitgläubigern zu Gute kommen muß. Wenngleich es in einem gegebenen Falle durch kein anderes zu Grunde liegendes Rechtsverhältniß, wie z. B. Auftrag oder Gesellschaft (actio mandati, pro socio [vgl. z. B. l. 52 §. 12 D. pro soc. 17. 2]) gerechtfertigt wird, so kann es doch jedenfalls darauf gestützt werden, daß man geleistet habe, was materiell theilweise dem Mitschuldner zur Last falle, daß der Mitgläubiger eingezogen habe, was materiell theilweise uns gebühre (actio negotiorum gestorum, condictio sine causa, — daß bei der ersteren die ausschließliche formale Beziehung der Aufwendung und Einziehung auf den Aufwendenden und Einziehenden kein Hinderniß macht, dafür l. 31 §. 7 D. de neg. gest. 3. 5, l. 19 §. 2 D. comm. div. 10. 3, s. überhaupt §. 431 Note 12). Vgl. A. Brinkmann Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum S. 108. 142 fg., Ubbelohde in der bei §. 253 angeführten Schrift S. 261. 270—274.

[4] Beispiele: mehrere Miteigenthümer sind berechtigt, die Herstellung eines Werkes zu fordern, durch welches ihr Grundstück vor Wassergefahr geschützt

der Schuldner einem der Gläubiger allein nur zu leisten, wenn ihm Sicherheit gegen die Ansprüche der übrigen gegeben wird[5], und kommt es dazu, daß von dem Schuldner statt der Naturalerfüllung eine Geldleistung erlangt wird, so erhält jeder Gläubiger nur seinen Antheil an derselben[6]. Dagegen tritt die gleiche Behandlung im Fall einer Mehrheit der Schuldner nicht ein; hier muß jeder Schuldner das Ganze leisten auch ohne Sicherheit, und auch dann, wenn an die Stelle der eigentlich verschuldeten Leistung ein Geldäquivalent tritt[7]. — Aus der Verschuldung

werden soll; Mehrere sind berechtigt, die Herausgabe einer hinterlegten Sache zu fordern. Die Herstellung des Werkes kommt allen Forderungsberechtigten zu Gute, wenn sie auch nur von Einem eingetrieben worden ist (l. 11 §. 1 D. de aqua et aquae 39. 3); die Leistung an einen Deponenten kommt aber nicht auch den andern Deponenten zu Gute.

[5] L. 1 §. 36 l. 14 pr. D. dep. 16. 3. Vgl. l. 54 §. 1 i. f. D. de V. O. 45. 1. Möglicherweise bedarf aber der Schuldner einer Sicherheit nicht, indem er allen Gläubigern gegenüber frei wird, auch ohne daß in der Erfüllung an den Einen eine Befriedigung Aller liegt. L. 81 §. 1 D. de solut. 46. 3. Ubbelohde a. a. O. S. 233—235. Seuff. Arch. XV. 78; s. aber auch das. VII. 27.

[6] Er kann nicht Mehr verlangen, als sein Interesse beträgt. Nach dem classischen römischen Rechte trat der bezeichnete Fall schon ein, sobald es zur Condemnation kam. Daher l. 25 §. 9 D. fam. herc. 10. 2 (vgl. l. 4 §. 3 D. si serv. 8. 5), l. 1 §. 31. 44 l. 17 pr. D. dep. 16. 3. Im heutigen Rechte tritt er nur ein bei der Execution, oder wenn die Leistung unmöglich geworden ist. Von dem letzteren Falle handelt l. 8 pr. D. de op. lib. 38. 1, vgl. l. 54 §. 1 D. de V. O. 45. 1 (Ubbelohde S. 72—73).

[7] Der Gläubiger bei der ungetheilten Obligation kann nicht Mehr verlangen, als sein Interesse, aber sein Interesse kann er auch ganz verlangen. Doch ist die herrschende Meinung mit dem im Texte aufgestellten Satz nicht einverstanden. Die herrschende Meinung geht davon aus, daß nach römischem Recht die Geldcondemnation jeden der mehreren Schuldner in gleicher Weise nur auf seinen Theil getroffen habe, wie jeder der mehreren Gläubiger Verurtheilung nur auf seinen Theil erlangt habe. Diese Theilung wird dann vielfach auch für das heutige Recht entweder (wenigstens was die Executionsinstanz angeht) direct festgehalten, oder es wird daraus für das heutige Recht eine Befugniß des Schuldners hergeleitet, zu verlangen, daß er nur in Gemeinschaft mit den andern Schuldnern verurtheilt werde (s. g. exceptio plurium litis consortium). Vgl. über die verschiedenen Ansichten Vangerow §. 567 Anm. 2 Nr. I. 2 a. E., Sintenis II §. 84 Note 27, Ribbentrop S. 184, Wetzell Civilproc. §. 63 von Note 39 an, Arndts §. 216 Anm., Ubbelohde S. 281—284. Gegen die herrschende Meinung in ihrem ganzen Um-

des Mitschuldners kann kein Schuldner in Anspruch genommen werden[8], es müßte denn eine solche weitergehende Verhaftung besonders begründet sein[9].

---

fang hat sich nur Savigny a. a. O. (§. 34) erklärt; Ubbelohde bestreitet sie in Betreff positiver Leistungen (a. a. O. S. 76—95. 251—256), tritt ihr bei in Betreff negativer (S. 105 Note 1[a]), und dieser Meinung hat sich auch Arndts in der 5. Aufl. §. 216 Anm. 2 angeschlossen. Man bemerke über diese Frage Folgendes. a) Es ist anerkannt, daß aus der Obligation auf Bestellung einer untheilbaren Dienstbarkeit jeder der mehreren Schuldner nach römischem Recht auf das Ganze verurtheilt wurde, l. 25 §. 10 D. fam. herc. 10. 2, l. 2 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Die herrschende Meinung hat nicht vermocht, einen genügenden Grund dafür anzugeben, weßwegen es bei Obligationen auf andere untheilbare Leistungen anders gehalten worden wäre (s. darüber Ubbelohde S. 77—82; der neueste Versuch bei Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 215 fg.). b) Ein Beweis gegen die herrschende Meinung liegt auch in l. 21 §. 5 D. de O. N. N. 39. 1 (Ubbelohde S. 103). c) Dieselbe beruft sich aber auf l. 72 pr. D. de V. O. 45. 1. Allein wenngleich Savigny's Annahme, daß in dieser Stelle nur eine historische Notiz referirt werde, überaus mißlich ist, so erscheint doch Ubbelohde's Erklärung vollkommen annehmbar; nach derselben ist die Stelle von dem Falle zu verstehen, wo bereits bei Lebzeiten des ursprünglichen Schuldners durch dessen Schuld eine Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, und dadurch seine Schuld in eine, in gewöhnlicher Weise zwischen seinen Erben theilbare, Verpflichtung verwandelt worden ist (l. 7 §. 1 l. 9 D. dep. 16. 3, l. 3 §. 3 in Verbindung mit l. 17 §. 2 D. comm. 13. 6). d) Ueber l. 11 §. 3 l. 6 §. 1 D. de aqua et aquae 39. 3 s. Ubbelohde §. 22. L. 49 §. 4 D. de leg. III° 32 gewährt der herrschenden Meinung anerkanntermaßen eine sehr gebrechliche Stütze (Brinz an dem bei §. 253 citirten Orte S. 46). e) Was speciell die Verpflichtung zu einem untheilbaren Nichtthun angeht, so beruft sich Ubbelohde a. a. O. darauf, daß es hier von den mehreren Schuldnern nicht, wie bei der Verpflichtung auf ein untheilbares Thun, heiße: singuli in solidum tenentur, sondern omnes tenentur u. dgl. Aber l. 2 §. 2 D. de V. O. 45. 1 sagt ganz allgemein: — „si divisionem res promissa non recipit, . . heredes promissoris singuli in solidum tenentur“, und die Erwähnung der Wegegerechtigkeit wird dabei nur beispielsweise (veluti) hinzugefügt. S. auch l. 192 pr. D. de R. I. 50. 17. Ubbelohde macht ferner geltend, daß aus der Obligation auf Nichtthun nicht eher geklagt werden könne, bis sie sich durch ihre Verletzung in eine Geldobligation verwandelt habe. Gewiß; aber warum soll denn hier etwas Anderes gelten, als wenn eine Obligation auf Thun sich durch die Schuld des einen der Schuldner in eine Geldobligation verwandelt hat?

[8] Ist die Leistung durch die Verschuldung eines Mitschuldners unmöglich geworden, so sind die andern Mitschuldner frei, und nur der eine schuldige

Was die Frage angeht, in wiefern die hier nicht erwähnten Aufhebungsthatsachen von Obligationen, wenn sie in der Person Eines Gläubigers oder Schuldners eintreten, für den Mitgläubiger und den Mitschuldner Wirkung haben, so ist von dem Principe auszugehen, daß die Verfügungen eines Mitgläubigers den Mitgläubigern keinen Eintrag thun können[10], daß dagegen die Verfügungen eines Mitschuldners nach denselben Grundsätzen, wie bei der eigentlichen Correalobligation, auch den Mitschuldnern zu Gute kommen[11]. In Folge des zuerst genannten Satzes fällt

---

fährt fort zu haften. L. 10 D. dep. 16. 3; vgl. l. 1 §. 43 eod., l. 5 §. 15 D. comm. 13. 6. Ueber l. 7 §. 1 D. eod. s. Ribbentrop S. 130 Note 12. Ist der Inhalt der Leistung ein Nichtthun, so haftet jeder Schuldner nur für sein eigenes Thun, nicht für das des Mitschuldners.

[9] Dieß ist z. B. der Fall, wenn Jemand eine Verpflichtung zum Nichtthun „für sich und seine Erben" übernimmt. Jeder seiner mehreren Erben haftet dafür, daß „durch die Erben" die betreffende Handlung nicht vorgenommen werde, also auch wegen des Thuns der andern, vorbehaltlich jedoch seines Rückgriffs gegen dieselben. Hiervon handeln l. 2 §. 5 l. 131 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 25 §. 12 l. 44 §. 5 D. fam. herc. 10. 2, vgl. l. 4 §. 1 l. 85 §. 3 D. de V. O. 45. 1. In gleicher Weise kann Jemand auch die Verpflichtung zu einem Thun für sich und seine Erben begründen. Und ebenso können sich mehrere Personen gleich vom Anfang an zu einem Thun oder Nichtthun in dem bezeichneten Sinne verbindlich machen. Aber ohne eine besondere Begründung tritt die Verhaftung des einen Schuldners für die Pflichtwidrigkeit des andern nie ein. Gewöhnlich wird dieß verkannt, oder nicht besonders hervorgehoben. Auch Ubbelohde sieht jene Verhaftung für die Schuld des Mitschuldners wenigstens bei der durch Erbgang vermittelten Mehrheit der Schuldner und bei obligationes stricti iudicii als das Selbstverständliche an. A. a. O. S. 73. 108, vgl. S. 222. 236. — Es läßt sich die Frage aufwerfen, ob nicht auch bei Mehrheit der Gläubiger das Forderungsrecht den Inhalt haben könne, daß einem jeden Gläubiger das Recht zustehen soll, Vermeidung der Pflichtwidrigkeit auch gegen den Mitgläubiger zu verlangen. Gewiß, — insofern der Gläubiger ein Interesse daran hat, daß die Pflichtwidrigkeit auch gegen den Mitgläubiger vermieden werde. L. 2 §. 6 l. 3 D. de V. O. 45. 1.

[10] Dieß folgt daraus, daß ein Mitgläubiger den übrigen Mitgläubigern auch durch Annahme der Leistung ihr Forderungsrecht nicht zu entziehen im Stande ist.

[11] Wenn die Solidarität in der That nur in Folge der Untheilbarkeit der Leistung eintritt, so ist auch Einheit der Forderung vorhanden. Vgl. Ubbelohde S. 265 fg. Seuff. Arch. XV. 112.

hier auch für den Gläubiger die Möglichkeit weg, das Forderungsrecht auf seine Person ausschließlich zu concentriren[12].

§. 300.

Nachträglich zu dem über die untheilbaren Obligationen Gesagten ist noch Folgendes zu bemerken.

1) Der Sinn, in welchem eine Mehrheit von Schuldnern eine untheilbare Leistung übernimmt, kann möglicherweise auch der sein, daß Jeder sich nur zu einer Mitwirkung bestimmter Art anheischig macht; dann haftet er auch nur für diese Mitwirkung, nicht für die ganze Leistung[1].

2) Ist der Inhalt der Leistung ein Nichtthun, so theilt sie sich zwischen den mehreren Schuldnern selbst dann nicht, wenn sie an und für sich theilbar ist, d. h. der zu bewirkende Erfolg in Bruchtheilen dargestellt werden kann[2]. Von einer Theilung der Leistung kann hier nur unter der Voraussetzung die Rede sein, daß das Können, ohne welches das nicht zu Thuende nicht gethan werden kann, unter die mehreren Schuldner, und zwar definitiv, vertheilt ist[3].

Anhang.

§. 301.

Eine Mehrheit der Forderungsrechte bei einmaliger Leistungspflicht (§. 298) kann auch stattfinden, ohne daß die Obligationssubjecte verschieden sind; derselbe Schuldner ist demselben Gläubiger, was er ihm schuldig ist, aus mehreren Forderungsrechten schuldig. Dieses Verhältniß kann seinen Grund darin haben, daß der Schuldner dem Gläubiger die Erfüllung seiner Verbindlichkeit

---

[12] Vgl. Ubbelohde S. 261 unten.

§. 301. [1] Ubbelohde S. 239—240. 243—250.

[2] Der Grund ist ein sehr einfacher: zweimaliges Thun je zu $1/2$ macht ein ganzes Thun aus, aber zweimaliges Nichtthun je zu $1/2$ ist weit davon entfernt, ein ganzes Nichtthun auszumachen.

[3] Ubbelohde S. 106 fg. Das Gesagte trifft zu bei dem in l. 4 §. 1 D. de V. O. 45. 1 genannten Fall, wo Jemand, der versprochen hat: amplius non agi, mehrere Erben hinterläßt. Vgl über diese vielbesprochene Stelle (§. Cato) Ubbelohde S. 129 fg. und Beil. II.

noch besonders verspricht[1]; oder darin, daß er ihm wiederholt verspricht, was er schuldig ist[2]; oder darin, daß ein Solidarschuldner den andern beerbt. Eine besondere Betrachtung macht dieses Verhältniß nur insofern nöthig, als auch hier gefragt werden muß, in wiefern eine Aufhebungsthatsache, welche das eine Forderungsrecht betrifft, ihre Wirkung auf das andere erstreckt[3]. Die Antwort auf diese Frage ist die gleiche, wie bei dem bloßen Solidarverhältniß, nämlich, daß allein die Erfüllung[4] des einen Forderungsrechtes, und was der Erfüllung gleichsteht[5], auch das andere tilgt[6]. Nur ist in einem gegebenen Falle zuzusehen, ob in der That die vorliegende Aufhebungsthatsache bloß Ein Forderungsrecht, und nicht vielmehr die sämmtlichen zwischen dem Gläubiger und Schuldner bestehenden Forderungsrechte betroffen hat[7].

V. Entstehung des Forderungsrechtes.

Einleitung.

§. 302.

Forderungsrechte entstehen, wie Rechte überhaupt (I §. 68), entweder durch Rechtsgeschäft, oder durch richterliche Willenserklärung, oder durch irgend eine andere Thatsache, an welche das

[1] Erfüllungsversprechen, constitutum debiti. S. §. 284. §. 301.

[2] Die Obligation, welche begründet wird, hat zum Inhalt nicht die Erfüllung einer andern, sondern sie hat nur den gleichen Inhalt, wie eine andere, mit der Maßgabe jedoch, daß nach der Absicht der Parteien die Erfüllung der einen auch die Erfüllung der andern sein soll (l. 18 D. de V. O. 45. 1), — s. g. accessorische Stipulation. L. 2 l. 9 pr. l. 16 l. 28 D. de nov. 46. 2, l. 38 §. 2 D. de solut. 46. 3, l. 3 D. de resc. vend. 18. 5. Bähr Anerkennung §. 13, Liebe Stipulation §. 14, Gneist formelle Verträge S. 138 fg. 145 fg.

[3] S. hierüber namentlich Römer bedingte Novation S. 231—310 (vgl. §. 355 Note 17).

[4] L. 18 §. 3 D. de pec. const. 13. 5, l. 38 §. 2 D. de sol. 46. 3.

[5] Leistung an Erfüllungsstatt, gerichtliche Hinterlegung, durchgeführte Compensation, Novation, Quittung.

[6] Vgl. l. 18 §. 1 D. de pec. const. 13. 5, l. 28 D. de nov. 46. 2 (§. 284 Note 4).

[7] So namentlich beim Erlaß, l. 3 D. de resc. vend. 18. 5, — beim Schiedseidvertrag, l. 36. D. de iurei. 12. 2.

Recht die Entstehung eines Forderungsrechtes anknüpft. Von den Rechtsgeschäften als Entstehungsgründen der Forderungsrechte ist im Folgenden näher zu handeln (§. 303 fg.). Der Richter begründet ein Forderungsrecht durch das verurtheilende Erkenntniß: das Nähere darüber ist bereits vorgetragen worden (I §. 127 fg.), oder gehört in die Proceßlehre. Unter den anderen Thatsachen, an welche das Recht die Entstehung eines Forderungsrechtes anknüpft, sind hervorzuheben die Vergehen (Delicte); auch von ihnen ist unten näher zu handeln (§. 326). Eine Orientirung unter den Entstehungsgründen von Forderungsrechten, welche nicht Rechtsgeschäfte und nicht Vergehen sind, gewährt die Betrachtung, daß diese anderen Entstehungsgründe entweder mehr nach der Seite der Rechtsgeschäfte, oder mehr nach der Seite der Vergehen hin liegen[1].[2]

A. Rechtsgeschäfte.

§. 303.

Für die Rechtsgeschäfte als Entstehungsgründe von Forderungsrechten gelten zunächst die gleichen Grundsätze, welche oben

§. 302. [1] In diesem Sinne sagen unsere Quellen, indem sie an die Stelle der Rechtsgeschäfte die Verträge setzen, daß die Obligationen „aut . . . ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio" (§. 2 I. de obl. 3. 13, vgl. pr. I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, pr. I. de obl. quae quasi ex delicto 4. 5). Die Obligationen quasi ex contractu und quasi ex maleficio oder delicto faßt eine andere Stelle (l. 1 pr. D. de O. et A. 44. 7) zusammen als Obligationen „ex variis causarum figuris". Die Neueren sprechen von Quasi-Contracten und Quasi-Delicten.

[2] Begründung von Forderungsrechten durch Verjährung? Gewiß nicht nach römischem Recht (zu l. 1 C. de fideic. 6. 42 vgl. l. 16 §. 1 C. de test. 6. 23, über l. 6 pr. D. de usur. 22. 1 s. §. 259 Note 7 und außer den daselbst Citirten Burckhard die civilistischen Präsumtionen S. 234 fg.). Unterholzner Verjährungslehre II §. 252. 253, H. Keller in Sell's Jahrb. III S. 184 fg. Aber nach heutigem Recht? Ueber die unvordenkliche Verjährung s. I §. 113 Note 5. Auch die Ersitzung erkennen bei obligatorischen Rechtsverhältnissen juristischer Personen und dauernder Personenclassen an die Urtheile bei Seuff. Arch. VII. 269 und XVI. 5; dagegen VII. 5. S. auch das. I. 317 und Bruns Besitz S. 421—422. 481—483, Unterholzner Verjährungslehre II §. 254. Ferner in diesem Lehrbuch §. 464 Note 4. 5. Vgl. noch Seuff. Arch. XVIII. 123.

für die Rechtsgeschäfte überhaupt (I §. 69—100) entwickelt worden sind. Im Uebrigen ist auch hier zu unterscheiden zwischen einseitigen Rechtsgeschäften und zweiseitigen Rechtsgeschäften (Verträgen). Die einseitigen sind entweder letztwillige oder Rechtsgeschäfte unter Lebenden. Nur die letzteren gehören hierher; von den ersteren ist im Erbrecht zu handeln.

1. Einseitige Rechtsgeschäfte.

§. 304.

Die einseitige Erklärung des Willens, zu Gunsten eines Andern etwas leisten zu wollen, auch wenn sie in der Absicht, sich zu verpflichten, gemacht worden ist[1], erzeugt regelmäßig ein Forderungsrecht nicht, d. h. der Erklärende kann die abgegebene Willenserklärung wieder zurücknehmen[2]. Von dieser Regel gibt es aber Ausnahmen[3].

1) Wenn Jemand Etwas zum gemeinen Besten einseitig verspricht, so erwächst daraus dem Staate oder der betreffenden Gemeinde ein Forderungsrecht, jedoch unbedingt nur dann, wenn das Versprechen eine rechtfertigende Veranlassung hat[4]. Ist eine solche Veranlassung nicht vorhanden, so haftet der Versprechende nur auf Vollendung des bereits Begonnenen[5], und selbst die

---

* Dig. 50. 12 de pollicitationibus. — Unterholzner II §. 575, Sintenis II S. 276. §. 304.

[1] Eine nicht in der Absicht, sich zu verpflichten, abgegebene Erklärung erzeugt ein Forderungsrecht nie und unter keinen Umständen. Die Erklärung muß nicht eine bloße Enuntiation enthalten, sondern eine Disposition; nicht die Bezeichnung eines Vorsatzes oder Entschlusses, sondern die Unterwerfung des Willens unter den Willen eines Andern.

[2] Vgl. übrigens §. 307 Nr. 1.

[3] Das römische Recht nennt das einseitige Versprechen pollicitatio. L. 3 pr. D. h. t. „Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum". Jedoch wird dieser Ausdruck auch einerseits zur Bezeichnung der gar nicht in bindender Absicht abgegebenen Erklärung (Paul. S. R. V. 12 §. 9), andererseits zur Bezeichnung des formlosen, und sogar zur Bezeichnung des mit der gehörigen Form versehenen Vertrages gebraucht (l. 5 C. de contr. stip. 8. 38, l. 43 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1).

[4] L. 1 §. 1. 5 l. 3 pr. l. 4 l. 6 §. 2 l. 7 l. 9 l. 13 pr. l. 14 D. h. t., l. 19 pr. D. de don. 39. 5.

[5] L. 1 §. 2—5 l. 3 pr. l. 5 (s. über diese Stelle Marezoll Zeitschr. f.

Vollendung kann er im Falle der Verarmung mit dem fünften Theil seines Vermögens abkaufen[6]. Auch seine Erben haften unbedingt nur, wenn das Versprechen eine rechtfertigende Veranlassung hatte[7]; abgesehen von diesem Fall nur dann, wenn das versprochene Werk bei Lebzeiten des Erblassers bereits begonnen worden ist, und nur mit dem fünften, Descendenten mit dem zehnten Theil des ererbten Vermögens[8].

2) In gleicher Weise wird durch ein Gelübde, d. h. durch das Versprechen einer Leistung zu einem frommen Zwecke, ein Forderungsrecht für die betreffende Anstalt begründet[9].

3) In viel umfassenderer Weise hat das moderne Recht die Möglichkeit der Begründung von Forderungsrechten durch einseitige Erklärung des Schuldners anerkannt, nämlich bei den Inhaberpapier- und Ordrepapierforderungen. Das Nähere darüber gehört nicht hierher[10].

Civ. u. Pr. I S. 374 fg., Unterholzner a. a. O. Note g, Holzschuher III §. 235 Nr. 1) l. 8 D. h. t.

[6] L. 9 D. h. t.

[7] L. 6 pr. l. 9 l. 11 l. 14 D. h. t. In diesen Stellen ist zwar nur von Versprechen „ob honorem" (ein Mal — l. 11 cit. — wird hinzugefügt, „vel sacerdotium") die Rede; aber es ist nicht zu kühn, dieß in der Weise, wie im Texte geschehen, auszudehnen. Auch in Betreff der eigenen Verhaftung des Versprechenden wird der honor vorzugsweise, und nicht selten allein (s. l. 3 pr. l. 6 §. 2 l. 9 l. 13 pr. D. h. t., l. 19 D. de don. 39. 5) hervorgehoben.

[8] L. 9 l. 14 l. 15 D. h. t. L. 9 und l. 14 cit. widersprechen sich dem Wortlaut nach insofern, als die letzte Stelle die Fünftel- bez. Zehntel-Beschränkung schlechthin ausspricht, die erste nur mit dem Zusatz: „si bona liberalitati solvendo non fuerint". Es ist anzunehmen, daß mit diesen Worten nicht sowohl eine Bedingung des Abzugsrechtes, als vielmehr nur eine Veranlassung für den Erben, die Vollendung zu verweigern, hat bezeichnet werden sollen. A. M. Sintenis II §. 96 Anm. 55, welcher die Worte als Bedingung faßt und die Nichterwähnung dieser Bedingung in l. 14 für eine Ungenauigkeit hält. — L. 6 §. 1 l. 14 citt. sind von einer nur in Aussicht stehenden Ehrenbezeugung (l. 11 D. h. t.) zu verstehen.

[9] So schon nach römischem Recht; nicht minder nach canonischem. L. 2 D. h. t.; c. 18 X. de cens. 3. 39. Walter Kirchenrecht §. 346, Richter Kirchenrecht §. 276.

[10] Die Frage, ob die Inhaberpapier- und die Ordrepapier-, namentlich die Wechselforderung ihren Grund in einem Vertrage oder in einer einseitigen Erklärung des Schuldners habe, ist noch keine in der Wissenschaft erledigte. Vgl. Kuntze Inhaberpap. §. 53. 78—83. Wechselrecht S. 293—312 und die

2. Vertrag.

a. Begriff und Abschluß*.

§. 305.

Der obligatorische Vertrag besteht, wie jeder Vertrag, in der Vereinigung zweier Willenserklärungen. Die Erklärung des einen Contrahenten ist darauf gerichtet, daß er Schuldner sein, seinen Willen dem Willen des andern Contrahenten unterwerfen wolle[1], die des andern Contrahenten darauf, daß er diesen Willen ergreife, sich aneigene, — ohne Bild ausgedrückt: daß er auf die Leistung, zu welcher der andere Theil verpflichtet sein zu wollen erklärt, berechtigt sein wolle. Welche von diesen beiden Willenserklärungen vorhergeht, ist gleichgültig; der Vertrag kann nicht bloß in der Weise geschlossen werden, daß der Schuldnerwille vom Gläubiger, sondern auch in der Weise, daß der Gläubigerwille vom Schuldner acceptirt, angenommen wird[2]. Es kann auch die zuerst abgegebene Erklärung die Erklärung eines Schuldner- und Gläubigerwillens zugleich sein; dieß ist der Fall bei den zweiseitigen Verträgen (§. 320).

---

daselbst Citirten. Mir scheint die Annahme eines Vertrages nur dann auszureichen, wenn man jeden folgenden Gläubiger als Successor des vorhergehenden auffaßt. Thut man das nicht, sondern gibt jedem Inhaber oder Indossatar ein selbständiges Recht auf Grund der schuldnerischen Erklärung, so muß man ihm dieses Recht auch geben bloß auf Grund dieser schuldnerischen Erklärung; denn sonst könnte ja der Schuldner das Gläubigerwerden des neu Eintretenden durch Widerruf verhindern. Für die Vertragstheorie neuerdings Binding Zeitschr. f. Handelsr. X S. 400 fg. und Regelsberger in der unten citirten Schrift S. 6. — Ueber die Frage, ob zur Schaffung einer Inhaber-Forderung Jedermann, oder nur der Staat befugt sei, s. Savigny Obl. II S. 122—130, Kuntze Inhaberpapiere S. 535—551, Thöl Handelsr. I §. 54[a] Note 4 und Note 2 a. E.; Seuff. Arch. VII S. 262—265, X S. 116—124, XVIII. 55. 112, XV. 237.

* Vgl. zum Folgenden: Regelsberger civilrechtliche Erörterungen. 1. Heft. 1868.

[1] Zu wiederholen ist (vgl. §. 304 Note 1), daß die Erklärung desjenigen, §. 305.
welcher Schuldner werden soll, nicht ein Reden von seinem Wollen, sondern ein Disponiren über sein Wollen enthalten muß.

[2] Z. B. es gibt Jemand einem Freunde, der ihm ähnliche Geschäfte immer besorgt, einen Auftrag; Jemand schickt unaufgefordert einem Freunde ein Buch zum Lesen (Leihvertrag). Das bekannteste Beispiel aber gewährt die römische

§. 306*.

Ist es zum Abschluß des Vertrages erforderlich, daß die Annahmerklärung dem Antragsteller zum Bewußtsein gekommen sei?[1] Auf diese Frage ist zu antworten, daß die Annahmerklärung deßwegen nicht weniger abgegeben ist, weil sie noch nicht an den Antragsteller gelangt ist[2], daß sie aber von dem Erklärenden

---

Stipulation. — In der ersten Auflage habe ich den Satz aufgestellt, daß, wenn der Anstoß zum Vertrage vom Gläubiger ausgehe, darin im Zweifel nur eine Vertragsanfrage, nicht ein Vertragsantrag gefunden werden dürfe. Diesen Satz gebe ich jetzt auf. Dagegen auch Dahn Zeitschr. f. Handelsr. IX. 6.

§. 306. * Vgl. zu diesem und dem folgenden §. außer der zuvor citirten Schrift von Regelsberger S. 23 fg.: Bülow und Hagemann pract. Erörterungen IV. 3 (1804). v. Wening-Ingenheim Arch. f. civ. Pr. II. 25 (1821). Hasse Rhein. Museum II S. 371 fg. (1829). v. Scheurl Beiträge I S. 305 fg. (1853) und Jahrb. f. Dogm. II. 5 (1858). Bekker Jahrb. d. gem. R. II. 11. III S. 116 fg. 295 fg. (1858. 1859). Dahn Zeitschr. f. Handelsr. IX. 6 (1866). Filippo Serafini il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale p. 48—82 (Pavia 1862). Vollständigere Literaturangaben bei Thöl Handelsr. I §. 57 Note 13; hinzuzufügen: Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 86 fg., Girtanner Stipulation S. 478 fg., Arndts §. 231 Note 3, Sintenis II S. 246 fg., Keller S. 443; weitere Angaben über die ausländische Literatur bei Serafini p. 51—52. 54—55, Mittermaier Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 9 fg.

[1] Es ist dies eine in alter und neuer Zeit lebhaft verhandelte Streitfrage, und noch zeigt sich wenig Aussicht auf Einigung der Meinungen. Von den zuvor genannten Schriftstellern haben sich für Bejahung der aufgeworfenen Frage ausgesprochen: Hasse, Scheurl in den Beiträgen, Bekker, Arndts, Regelsberger, außerdem Wächter Arch. f. civ. Pr. XIX S. 116 Note 3; für die Verneinung: Bülow und Hagemann, Wening-Ingenheim, Scheurl in den Jahrbüchern, Thöl, Sintenis, Dahn, Serafini, außerdem Puchta §. 251. a und Vorll. dazu, Kuntze zu Holzschuher III S. 309—313 (dieser nur aus praktischen Gründen). Aus der Praxis für die Bejahung: Seuff. Arch. I. 194, III. 19. 310, V. 116, VIII. 24; für die Verneinung: das. II. 160, VII. 16, XVI. 203. Alles drängt, wie mir scheint, auf eine Mittelmeinung hinaus. Eine solche habe ich bereits in der 1. Aufl. aufgestellt: die jetzt vorgetragene führt im Wesentlichen zu demselben Resultat, nur ist die Construction eine andere.

[2] Vgl. l. 4 pr. D. de manum. vind. 40. 2. „Si pater filio permiserit servum manumittere, . . . deinde . . . ignorante filio . . . vetuisset per nuntium, et antequam filius certior fieret, servum manumisisset, liber non fit. Nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat, durare

zurückgenommen werden kann, bis sie an den Antragsteller gelangt ist[3]. Daher begründet die Erklärung der Annahme einer Gläubigererklärung (der Erklärung eines Gläubigerwillens) eine Verpflichtung nicht eher, bis sie an den Antragsteller gelangt ist[4], und wenn sie gar nicht an den Antragsteller gelangt, begründet sie eine Verpflichtung überhaupt nicht[5]; während durch die Er-

---

oportet patris voluntatem; nam si mutata fuerit, non erit verum, volente patre filium manumisisse". Ein nicht erklärter Wille hätte hier so wenig wie überhaupt juristische Bedeutung gehabt. S. ferner l. 7 D. de divort. 24. 2. — Man hat gesagt (Scheurl früher, Bekker jetzt noch), die Annahmeerklärung sei nicht vollendet, bis sie an den Antragsteller gelangt sei; vorher sei zwar eine Annahmeerklärung vorhanden, aber keine Annahmeerklärung an den Antragsteller. Diesen Gedankengang, der nahe liegt, halte ich für irreführend. Sobald sich der Annehmende des zur Uebermittelung seiner Annahmeerklärung an den Antragsteller gewählten Mittels entäußert hat, ist vollendet nicht bloß eine Annahmeerklärung, sondern auch eine an den Antragsteller gerichtete Annahmeerklärung und wenn man sagt, unter Annahmeerklärung an den Antragsteller sei eben eine an den Antragsteller gelangte Annahmeerklärung zu verstehen, so beweist man mit dem zu Beweisenden.

[3] Die Erklärung, welche ich Jemandem hingebe, ist, ehe sie an ihn gelangt ist, noch mein. Die Erkärung ist vollendet, aber die Hingabe ist noch nicht vollendet. Und eben weil die Hingabe noch nicht vollendet ist, kann ich die Erklärung noch immer zurücknehmen. — Der hier aufgestellte Satz sollte in dieser vielbestrittenen Materie am wenigsten bestritten sein. Es wird nie eine Theorie auf allgemeine Zustimmung rechnen dürfen, welche es dem Annehmenden verbietet, den abgeschickten Boten zurückzurufen, sich den abgesendeten Brief von der Post zurückgeben zu lassen. Ueberdieß hat der aufgestellte Satz einen zwingenden Beweis in der in der folgenden Note angeführten Quellenentscheidung. — Die Annahmeerklärung kann zurückgenommen werden, bis sie an den Antragsteller gelangt ist. Bewußtsein des Antragstellers von ihrem Inhalt ist damit nicht nothwendigerweise verbunden, und insofern ist der Ausdruck, der unserer Frage gewöhnlich gegeben wird, und der eben deßwegen oben beibehalten worden ist, nicht genau. Die briefliche Erklärung ist an den Addressaten gelangt, sein geworden, sobald der Brief, welcher sie trägt, sein geworden ist, nicht erst, wenn der Brief gelesen ist.

[4] Der Annehmende ist vorher noch nicht gebunden, er ist in der gleichen Lage, wie derjenige, welcher versprochen hat unter der Bedingung si voluerim (I §. 93). Und wie dieser, hört er nicht etwa dadurch wieder auf, Schuldner zu sein, daß er seine Erklärung zurücknimmt, sondern wie dieser ist er gar nicht Schuldner geworden, weil er dem gegnerischen: du sollst, ohne Weiteres entgegenhalten kann: ich will nicht.

[5] Die Quellen haben die Entscheidung, daß ein Tauber nicht stipuliren könne (l. 1 §. 15 D. de O. et A. 44. 7, l. 1 pr. D. de V. O. 45. 1). Man hat

klärung der Annahme einer Schuldnererklärung (der Erklärung eines Schuldnerwillens) der Antragsteller sofort gebunden ist, und deßwegen nicht weniger, weil allerdings auch diese Annahmeerklärung von dem Annehmenden zurückgenommen werden kann, bis sie an den Antragsteller gelangt ist, und es daher einstweilen noch in der Schwebe bleibt, ob durch sie ein Forderungsrecht wirklich erzeugt werden wird. Geht der Antrag auf einen zweiseitigen Vertrag, so ist der Antragsteller an denselben gebunden, so wie die Annahme erklärt ist, dagegen der Erklärer der Annahme erst, wenn seine Erklärung an den Antragsteller gelangt ist[6]. — Das Ge-

---

gegen die Beweiskraft dieser Entscheidung angeführt, daß die Stipulation ein Formalact gewesen sei; aber es ist mit Recht erwidert worden, daß der innere Zusammenhang zwischen dieser Entscheidung und der für die Stipulation erforderlichen Form nicht einleuchte. Aus der Nothwendigkeit von Frage und Antwort folgt nicht die Nothwendigkeit einer vom Fragenden verstandenen Antwort. Vgl. auch die von Regelsberger angeführte Stelle aus Merlin Répertoire s. m. Vente (t. XIV p. 308 der Ausgabe Paris 1815). „Je me trouve en présence d'un sourd, qui me dit: voulez-vous m'acheter telle chose, moyennant tel prix? Je l'ui réponds: je le veux bien; mais il ne m'entend pas, il me déclare ne m'avoir pas entendu, et il me prie de lui mettre par écrit la réponse qu'il juge, d'après le mouvement de mes lèvres, lui avoir été faite par moi. Alors, je prends une plume, et je lui trace ces mots: je vous ai dit, que je voulais bien, mais, toutes réflexions faites, votre proposition ne me convient pas. Cet homme pouvra-t-il prétendre, que, par la réponse que je conviens lui avoir faite de vive voix, je me suis lié irrévocablement envers lui? Non certainement; et s'il me poursuit, le juge le déboutera sans hésiter". An demselben Orte bildet Merlin noch ein anderes Beispiel: ein Antragsteller läßt sich Antwort geben durch ein Sprachrohr, welches so eigenthümlich eingerichtet ist, daß es den Schall erst nach einigen Minuten überbringt; der Antworter sagt in das Sprachrohr hinein Ja, aber ehe der Schall des Ja zum Antragsteller gelangt ist, nimmt er dasselbe auf gewöhnlichem Wege zurück.

[6] Der Erklärer der Annahme ist, bis seine Erklärung an den Antragsteller gelangt ist, in der gleichen Lage, wie ein Geschlechtsunreifer, der einen zweiseitigen Vertrag abgeschlossen hat, oder ein Käufer auf Probe, und bleibt in der gleichen Lage, wenn seine Erklärung an den Antragsteller gar nicht gelangt. Daß deßwegen der Annehmende nicht Erfüllung des Vertrages verlangen kann, ohne seinerseits zu erfüllen, versteht sich von selbst. Vgl. §. 321 Nr. 4. 5. — Gerade für den zweiseitigen Vertrag hat die hier behandelte Streitfrage eine besondere Wichtigkeit, und gerade mit Rücksicht auf den zweiseitigen Vertrag ist sie vorzugsweise verhandelt worden. Die Unterscheidung aber zwischen den zwei Seiten des zweiseitigen Vertrages steht in der bisherigen Doctrin und

sagte gilt nur für den Fall, wo die Annahme erklärt wird durch eine an den Antragsteller gerichtete Rede. Wird sie stillschweigend erklärt, so ist auch der Annehmende gebunden, sobald die Handlung vollendet ist, durch welche er seinen Annahmewillen an den Tag legt[7].

§. 307.

Das Zustandekommen des Vertrages nach gestelltem Vertragsantrag bez. nach erklärter Annahme kann gehindert werden:

1. durch Widerruf. Der Vertragsantrag kann widerrufen werden, bis die Annahme desselben von der Gegenseite erklärt worden ist[1]. Die Annahme kann widerrufen werden, bis die Erklärung derselben an den Antragsteller gelangt ist[2]. Daß die Erklärung des Widerrufs an den Gegner gelangt sei, ist in dem einen und dem andern Fall Voraussetzung der Wirksamkeit des

---

Praxis fast ganz isolirt da. Beide sind darüber einig (vgl. nur Bluhme Encyclopädie II §. 266. 267), daß die Gebundenheit beider Contrahenten mit demselben Zeitpunkt eintrete, und streiten bloß darüber, welches dieser Zeitpunkt sei. Und doch kann ich von der Ueberzeugung nicht lassen, daß gerade jene Unterscheidung am Meisten geeignet sein möchte, die Lehre zu einem befriedigenden Abschluß zu führen. Gerade entgegengesetzter Meinung ist zwar Thöl, der es „wider alle Ordnung" nennt, daß der Antragsteller früher gebunden werde, als der Annehmende; aber der Antragsteller muß dieß als Consequenz des von ihm gewählten Weges des Vertragsschlusses hinnehmen. Auf gleicher Erwägung beruht die Entscheidung der l. 17 §. 1 l. 65 §. 8 D. pro socio 17. 2. Jedenfalls hat auch das HGB. (Art. 319. 320) keinen Anstand genommen, den Antragsteller früher gebunden sein zu lassen, als den Annehmenden, diesen erst mit dem Eingang der Annahmerklärung bei dem Antragsteller, den Antragsteller freilich schon mit dem Eingang des Antrages bei dem Empfänger des Antrags, und also nicht auf Grund davon, daß zu seinen Gunsten der Vertrag zu Stande gekommen sei, sondern auf Grund einer dem einseitigen Antrag beigelegten bindenden Kraft.

[7] So kommt der Leihvertrag für beide Theile zu Stande dadurch, daß das zum Lesen zugeschickte Buch gelesen (zum Lesen angenommen) wird, der Auftragsvertrag durch Ausführung des ertheilten Auftrags. Dagegen kommt der Kaufvertrag durch Absendung der bestellten Waare für den Verkäufer noch nicht zu Stande; er kann die abgesendete Waare noch zurückrufen, wie den abgesendeten Brief.

[1] Denn vorher ist der Antragsteller noch nicht gebunden; mit der Erklärung der Annahme ist er aber auch wirklich gebunden. S. §. 306. §. 307.

[2] S. §. 306.

Widerrufs nicht[3]. Jedoch ist der Widerrufende verpflichtet, dem Gegner, welcher in Unkenntniß des Widerrufs sich darauf verlassen hat, daß ein Vertrag zu Stande gekommen sei[4], allen Nachtheil zu ersetzen, welchen der Gegner auf Grund dieses Vertrauens erlitten hat[5].

---

[3] Diejenigen, welche das Gegentheil behaupten (v. Wening-Ingenheim, Hasse, Regelsberger), können sich nur darauf stützen, daß jede Erklärung des einen Contrahenten für den andern nicht eher vorhanden sei, bis sie an diesen gelangt sei. Aber diese Behauptung halte ich in dieser Allgemeinheit eben nicht für richtig. Gegen dieselbe sprechen die bereits im vorigen § Note 2 citirten Stellen, und bewiesen wird sie nicht weder durch l. 17 §. 1 D. pro soc. 17. 2, noch viel weniger durch l. 15 D. mand. 17. 1, l. 12 §. 2 D. de sol. 46. 3, l. 12 D. de SC. Mac. 14. 6 (Bekker S. 361—363). Die zuletzt genannten Stellen enthalten nur den Satz, daß derjenige, welcher durch einen Andern zum Handeln bestimmt worden ist, durch die ohne sein Wissen geschehene Rücknahme der bestimmenden Erklärung nicht zu Schaden kommen dürfe („ne damno afficiatur is qui suscipit mandatum", l. 15 cit.), und wenn es in l. 17 §. 1 D. pro soc. heißt, daß die Kündigung des Gesellschaftsvertrages gegen den andern Gesellschafter nicht eher wirke, bis er sie erfahren habe, so ist der Weg auch von diesem Satze bis zu dem Satze, daß der Widerruf gar nicht wirke, wenn der Gegner ihn gar nicht erfahren habe, d. h. daß trotz desselben der Vertrag zu Stande komme, noch ein sehr weiter. Anerkannt ist die hier vertretene Ansicht in den Urtheilen bei Seuff. Arch. VII. 16, VIII. 24, XIV. 15; dawider das. III. 310. Dawider auch HGB. Art. 320 Abs. 2. „Ebenso ist die Annahme für nicht geschehen zu erachten, wenn der Widerruf noch vor der Erklärung der Annahme oder zu gleicher Zeit mit derselben bei dem Antragsteller eingegangen ist".

[4] Durch die Annahmeerklärung bez. durch den Empfang derselben.

[5] Nicht: er muß ihm leisten, was derselbe gehabt haben würde, wenn der Vertrag zu Stande gekommen wäre; sondern: er muß ihm leisten, was derselbe gehabt haben würde, wenn die Aussicht auf das Zustandekommen des Vertrages ihm gar nicht eröffnet worden wäre. Z. B. der Käufer hat in Aussicht auf den Vertrag versäumt, für sein Bedürfniß anderweitig zu sorgen; der Verkäufer hat eine anderweitige vortheilhafte Verkaufsgelegenheit von der Hand gewiesen. Jhering hat dieses Interesse das negative Vertragsinteresse genannt; vgl. dens. Jahrb. f. Dogm. IV S. 16 fg., Savigny III §. 168. d, Mommsen Unmöglichkeit der Leistung S. 107, Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 305. 306. — Daß der Widerrufende zum Ersatz dieses Interesse wirklich verpflichtet sei, erkennen an Thöl Handelsr. I §. 57 Note 3b. 15, Scheurl Jahrb. f. Dogm. II S. 273 fg., Jhering das. IV S. 24. 86 fg., Bekker Jahrb. d. gem. R. II S. 364 fg. Was die Begründung dieser Verpflichtung angeht, so darf man den allgemeinen Satz aufstellen, daß jeder Vertragschließende einstehen muß für die nachtheiligen Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens auf das Zustandekommen des Vertrages, insofern dieses Zustandekommen durch einen Grund ausgeschlossen

Auf das Recht des Widerrufs kann wirksam verzichtet werden[6].

---

wird, welchen der Gegner nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist. Er muß für die Folgen dieses Vertrauens einstehen, eben weil er dasselbe in dem Gegner erregt, weil er ihn dazu bestimmt hat; durch diese Bestimmung übernimmt er die Garantie für die Folgen desselben. Anerkannt ist dieser Satz in den Quellen für den Fall, wo Jemand etwas Unmögliches verspricht, — l. 8 §. 1 D. de relig. 11. 7, l. 62 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 8 D. de her. vel act. vend. 18. 4 (s. §. 315 Note 7); die Gründe, aus welchen sich Sintenis (II §. 96 Anm. 18a) der Verallgemeinerung der in diesen Stellen enthaltenen Entscheidungen widersetzt, sind nicht genügend. Die römische Form dieser Verpflichtung war actio in factum (l. 8 §. 1 cit.); wenn es wenigstens äußerlich zum Abschluß eines Vertrages gekommen war, führte auch die Formel der betreffenden Contractsklage zum Ziel (l. 62 §. 1 l. 8 citt.). Fast muß man sich übrigens wundern, hier in den Quellen keine actio mandati contraria auftreten zu sehen; denn in der That ist jenes Einstehenmüssen den römischen Grundsätzen vom Mandate durchaus gemäß, vgl. l. 15 D. mand. 17. 1, l. 12 §. 2 D. de solut. 46. 3. Die Kategorie des Mandates hat auch schon Scheurl für die vorliegende Frage verwerthet (Jahrb. S. 274); doch scheint mir seine Ausführung nicht genügend (vgl. auch Bekker S. 366). Einen ganz anderen Weg der Construction hat Jhering a. a. O. eingeschlagen (dem in Allem folgt Vangerow zu §. 109 in der 7. Aufl.) Jhering lehrt, es sei jeder Vertragschließende bei dem Abschlusse des Vertrages in der nämlichen Weise verbunden, jede culpa zu vermeiden (s. g. culpa in contrahendo), wie er dazu nach Abschluß des Vertrages verbunden sei. Ich glaube nicht, daß dieser Gesichtspunkt ausreicht (s. §. 315 Note 7, auch unten in diesem §. Note 10, und jetzt Jhering selbst das Schuldmoment im röm. Privatr. S. 38 Note 73), wenn er auch in dem gerade hier zur Frage stehenden Fall nicht abzuweisen sein möchte (Jhering S. 88); wenigstens lassen die Quellen in einem nicht unähnlichen Fall sogar actio doli zu (l. 34 D. de dolo 4. 3, l. 16 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5). Aber die actio doli leistet nicht, was das Bedürfniß des Verkehrs verlangt, wegen ihrer beschränkten Erblichkeit. Die hier vertretene Construction erkennt im Princip (vgl. Note 6) als richtig an Regelsberger S. 33. — Für die Folgen von Handlungen aufzukommen, welche derjenige, dem der Vertrag angeboten worden ist, im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages vor der eigenen Annahme vorgenommen hat, ist der Widerrufende nicht verpflichtet (Jhering S. 43. 89). Jener hätte nicht handeln sollen, ohne das Seinige zum Abschluß des Vertrags zu thun.

[6] Der Verzicht kann zwar zurückgenommen werden, bis er von der anderen Seite angenommen worden, und dadurch der Verzichtvertrag zu Stande gekommen ist; aber die Annahme wird erklärt durch Nichtablehnung (Willenserklärung durch Stillschweigen). — Regelsberger S. 70 fg. behauptet, in jedem Vertragsantrage, welcher für den Gegner die Ermächtigung zur sofortigen Ausführung enthalte, so

A+ — B

2.[8] Ein Vertrag kommt durch die Annahmeerklärung auch dann nicht zu Stande, wenn zur Zeit der Abgabe derselben der Antragsteller bereits gestorben ist[9]; jedoch sind dessen Erben dem

wie in dem kaufmännischen Vertragsantrag ohne Ausnahme, liege ein stillschweigender Widerrufsverzicht. Regelsberger will durch diese Annahme den Empfänger eines Vertragsantrages gegen die Nachtheile schützen, welchen derselbe nach der von Regelsberger aufgestellten Theorie über das Zustandekommen des Vertrags unterliegt. Aber nach eben dieser Theorie muß ja auch die Annahme des Widerrufsverzichtes in das Bewußtsein des Antragstellers gelangt sein, damit der Verzichtvertrag zu Stande gekommen sei; und wenn hierauf Regelsberger antwortet, die Annahme des Verzichtes werde mit Sicherheit erwartet, so liegt auf der Hand, wie sehr er damit jenes Erforderniß des Bewußtseins von der Annahme abschwächt: an die Stelle des Bewußtseins davon, daß die Annahme erfolgt sei, tritt hier ein Nichtbezweifeln, daß sie erfolgt sein werde. Will man aber auch hierüber hinwegsehen, so bleibt immer noch die Hauptfrage, ob denn in der That ein solcher stillschweigender Widerrufsverzicht von Seiten des Antragstellers angenommen werden dürfe. Regelsberger nimmt in dieser Beziehung für das kaufmännische Angebot ein Gewohnheitsrecht in Anspruch. Das mag dahin gestellt bleiben, jedenfalls ist für das kaufmännische Angebot die Frage durch das HGB. erledigt (s. unten); aber für Angebote anderer Art scheint mir jene Annahme zum Mindesten äußerst bedenklich. Ueberdieß zieht Regelsberger den Vortheil, den er von ihr gewinnen will, zum großen Theil selbst wieder zurück. Denn er will mit derselben den Empfänger des Antrags gegen den Beweis schützen, den dieser bei der Forderung des s. g. negativen Vertragsinteresse zu führen hat; und doch erklärt Regelsberger den Widerruf nur insofern für unwirksam, „als zur Zeit seiner Ankunft beim Anerbotenen der Vertrag bereits erfüllt oder die Verfügung zur Erfüllung in bindender Weise getroffen war". — Das HGB. (Art. 319) schließt die Möglichkeit des Widerrufs sofort mit dem Gelangen des Antrags an den Empfänger bis zu dem Zeitpunkt aus, „in welchem der Antragsteller bei ordnungsmäßiger rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf".

[8] Scheurl Jahrb. S. 265—267, Bekker S. 370—380, Ihering S. 91—93, Regelsberger S. 98—122.

[9] Auf den Erben gehen über fertige Rechtsverhältnisse. Auch die Aussicht auf ein künftiges Rechtsverhältniß, wenn dieser Aussicht eine Gebundenheit der andern Seite entspricht, kann, wie diese Gebundenheit selbst, auf den Erben übergehen (s. I §. 89 Note 6, jedoch auch l. 18 D. comm. praed. 8. 4). Aber von einem Eintreten des Erben in Willenserklärungen, durch welche noch gar keine Gebundenheit begründet worden ist, weiß das römische Recht nichts. L. 41 D. de R. C. 12. 1, l. 2 §. 6 D. de don. 39. 5. Seuff. Arch. XIV. 15. — Anders das HGB. Art. 297. „Ein Antrag, ein Auftrag oder eine Vollmacht, welche von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen ist, werden durch seinen Tod nicht aufgehoben, sofern nicht eine entgegengesetzte Willens-

Annehmenden, der in Unkenntniß des inzwischen erfolgten Todes angenommen hat, zum Schadensersatz (Ersatz des negativen Interesse) verpflichtet[10]. Stirbt der Antragsteller nach Abgabe aber vor Eingang der Annahmeerklärung, so sind seine Erben aus der Annahmeerklärung gebunden, aber nicht berechtigt[11]. Umgekehrt sind, wenn der Annehmende vor Eingang der Annahmeerklärung stirbt, dessen Erben zwar berechtigt, aber nicht gebunden, jedenfalls jedoch zum Schadensersatz verpflichtet[11].

3. Dem Tode steht gleich eintretende Handlungsunfähigkeit einer der Parteien[12].

4. Schlechthin wirkungslos, so daß auch kein Entschädigungsanspruch für den Annehmenden entsteht, ist die verspätete Annahme. Verspätet ist die Annahme, welche nach der von dem Erklärenden in seiner Erklärung für die Annahme gesetzten Frist erfolgt[13]. Aber auch wenn eine Frist nicht ausdrücklich gesetzt ist, ist doch eine solche als stillschweigend gewollt anzusehen; Niemand macht ein Vertragsanerbieten für immer. Wo die Grenze ist, hat im einzelnen Fall der Richter zu bestimmen[14].

---

meinung aus seiner Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht". Vgl. übrigens auch l. 17 §. 3 D. de inst. act. 14. 3. — Regelsberger a. a. O. möchte auch nach gemeinem Recht trotz des Todes des Antragstellers den Vertrag zu Stande kommen lassen, wenn die Annahme in Unkenntniß des Todes erfolgt. Er beruft sich dafür auf l. 33 D. de poss. 41. 2, in welcher Stelle er den Ansatz zu einer freieren Entwickelung des römischen Rechts sieht. Nach meiner Meinung sind aber die hier entscheidenden Worte „recte possessio tradita erit" zu unbestimmt, als daß sie gegenüber den in der vorigen Note citirten Stellen aufkommen könnten.

[10] Vgl. §. 10 I. de mand. 3. 26, l. 26 pr. D. mand. 17. 1, l. 19 §. 3 D. de don. 39. 5 in Verbindung mit dem in Note 5 Gesagten. Gegen den Entschädigungsanspruch Bekker, und wohl auch, obgleich er es nicht ausdrücklich sagt, Scheurl. Für den Entschädigungsanspruch mit Entschiedenheit Ihering, obgleich derselbe zugibt, daß dieser Fall unter den Gesichtspunkt der culpa (Note 5) nur durch „die gewaltsamste Anstrengung" gebracht werden könne. Für den Entschädigungsanspruch auch, und zwar nach dem hier aufgestellten Gesichtspunkt, eventuell Regelsberger.

[11] Nach dem in §. 306 und in der vorigen Note Gesagten.

[12] Scheurl Jahrb. S. 267—269, Bekker S. 380, Regelsberger S. 122 fg. Seuff. Arch. XIV. 15.

[13] Vgl. hierzu Regelsberger S. 78 fg.

[14] Scheurl Jahrb. S. 260. 276 fg., Thöl Handelsr. I §. 57 Nr. 2,

5. Eine bedingte oder sonst beschränkte Annahme ist keine Annahme, enthält aber einen neuen Antrag[15].

§. 308.

Die Erklärung des obligatorischen (Gläubiger- oder Schuldnerwillens) kann, soweit die für den Vertrag vorgeschriebene Form kein Hinderniß in den Weg legt, nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erfolgen[1]. Eine stillschweigende Willenserklärung liegt möglicherweise auch in dem Stillschweigen auf einen von der andern Seite gestellten Vertragsantrag; aber sie liegt nicht nothwendig darin[2]. Die Erklärung des obligatorischen

---

Regelsberger S. 65 fg. Seuff. Arch. II. 17, VI. 168, XVI. 30, XVII. 20. — Das HGB. (Art. 318. 319) verlangt auf einen Antrag unter Gegenwärtigen sofortige Antwort, während es die Kraft eines unter Abwesenden gestellten Antrages mit dem Zeitpunkt erlöschen läßt, zu welchem der Antragende „bei ordnungsmäßiger, rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf", mit der Maßgabe jedoch, daß das verspätete Eintreffen der rechtzeitig abgesandten Antwort dann nicht schaden soll, wenn der Antragende nicht von seinem Rücktritte inzwischen Nachricht gegeben hat, oder sofort nach dem Eintreffen der Antwort Nachricht gibt.

[15] Regelsberger S. 91 fg. HGB. Art. 322. „Eine Annahme unter Bedingungen oder Einschränkungen gilt als Ablehnung des Antrags verbunden mit einem neuen Antrag".

§. 308. [1] Vgl. z. B. §. 306 Note 3. Eine stillschweigende Willenserklärung liegt namentlich auch in dem Beginn der Ausführung einer gemachten Bestellung. Scheurl Beiträge I S. 311, Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 89, Regelsberger S. 93.

[2] Vgl. I §. 72 Note 10. Thöl Handelsr. I §. 57 Nr. 3, Regelsberger S. 93 fg. Der letztere Schriftsteller stellt den allgemeinen Satz auf, daß Schweigen als Einwilligung gelte, wenn der Antragsteller nach Lage der Umstände befugt sei, die Annahme zu erwarten. Entsprechend HGB. Art. 323 Abs. 1. „Wenn zwischen dem Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht, oder sich derselbe gegen den letzteren zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat, so ist er zur Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Uebernahme des Auftrags gilt". — Derjenige, welchem der Antrag gestellt worden ist, ist auch, abgesehen von besonderen Gründen, nicht verpflichtet, „die ihm in Beziehung auf den beantragten Vertrag eingesandten Gegenstände anzunehmen, oder zurückzusenden, oder auf sie positive Sorgfalt zu verwenden". Thöl a. a. O., Regelsberger S. 60 fg. Seuff. Arch. VII. 97, vgl. V. 7. Vgl. HGB. Art. 323 Abs. 2. „Auch wenn derselbe (s. oben) den Antrag ablehnt, ist er schuldig, die mit dem Auftrag etwa übersandten Waaren oder anderen

Willens kann ferner, unter der bezeichneten Voraussetzung sowohl durch den Vertragschließenden selbst, als durch eine von ihm beauftragte Mittelsperson, und sowohl mündlich als schriftlich, geschehen[3]. Geschieht sie schriftlich, so ist die Erklärung vollendet nicht schon mit der Niederschrift und Unterzeichnung, sondern erst mit der Absendung (Entäußerung) der Schrift (des Briefes)[4]. Wird durch das von dem Erklärenden gewählte Mittel der Erklärung sein Wille unrichtig mitgetheilt[5], so kommt auf das Erklärte zwar kein Vertrag zu Stande, da es dem Willen nicht entspricht; aber der Urheber der Erklärung haftet dem andern Theil auf Ersatz des Schadens, welcher demselben dadurch erwachsen ist, daß er auf das Zustandekommen des Vertrages gerechnet hat[6]. Jedoch bedarf

---

Gegenstände auf Kosten des Auftraggebers, soweit er für diese Kosten gedeckt ist und soweit es ohne seinen Nachtheil geschehen kann, einstweilen vor Schaden zu bewahren".

[3] S. I §. 73 Note 1. Auch die beauftragte Mittelsperson kann wieder sowohl mündlich als schriftlich reden. Unter den letzteren Fall gehört die telegraphische Mittheilung

[4] A. M. Thöl a. a. O. Nr. 4 („also nachdem das Ja geschrieben ist"). Aber das bloße Schreiben des Briefes ist nur eine Vorbereitung der Willenserklärung; die wirkliche Willenserklärung liegt erst darin, daß der Schreibende sich des Briefes entäußert. Scheurl (Jahrb. f. Dogm. II S. 258) unterscheidet: die Willenserklärung ist vollendet durch Niederschrift des Briefes, aber die Willenserklärung an den andern Theil erst durch Absendung desselben. Auch das halte ich nicht für richtig.

[5] Auf die im Folgenden behandelte Frage ist in der neueren Zeit die Aufmerksamkeit namentlich durch einen im Jahre 1856 vor dem Landgericht in Cöln verhandelten Fall gelenkt worden, wo ein Cölner Haus einem Frankfurter Haus durch den Telegraphen den Auftrag ertheilt hatte, Actien zu einem sehr bedeutenden Werthe zu kaufen, und der Beamte der Ankunftsstation aus „kaufen" „verkaufen" gemacht hatte; der dadurch erwachsene Schade betrug beinahe 40,000 Thaler. — Literatur: Reyscher Zeitschr. f. deutsches Recht XIX S. 289—296. 456 fg. (1859). Fuchs Arch. f. civ. Pr. XLIII. 5 (1860). Bekker Jahrb. d. gem. R. IV. 5 (1860). Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 83—86. 106—112 (1861). Bähr das. VI. 6 (1862). Busch Arch. f. civ. Pr. XLV. 1 (1862). Serafini (cit. bei §. 306 Note*) p. 120 sqq. (1862). Mittermaier Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 21 fg. (1863). XLVII S. 215—217. 223—225. 228 (1864).

[6] Denn wer zum Zweck einer Erklärung ein bestimmtes Mittel wählt, eignet sich das Resultat dieses Mittels als seine Erklärung an. Man bemerke wohl: er eignet sich das Resultat dieses Mittels als seine Erklärung an; nicht als die Erklärung seines Willens. (Dieser Gegensatz ist auch in dem

dieser letztere Satz folgender näheren Bestimmung: 1) der Erklärende haftet nicht, wenn die mit der Uebermittelung seiner Erklärung beauftragte Mittelsperson dieselbe wissentlich falsch übermittelt[7]; 2) der Erklärende haftet nicht, wenn die unrichtige Mittheilung seiner Erklärung die Folge von Umständen ist, welche außer aller Berechnung liegen[8].

Aufsatz von Fuchs, welcher sonst mit der hier vertheidigten Ansicht auf demselben Boden steht, nicht hinlänglich hervorgehoben, und noch weniger in der Zustimmung, mit welcher Sintenis [II §. 96 Anm. 13] den Ausführungen von Fuchs beigetreten ist.) Es liegt also hier vor eine Erklärung, welcher der wirkliche Wille nicht entspricht. Deßwegen ist zwar der Vertrag nichtig, aber nach dem in §. 307 Note 5 bezeichneten Grundsatz eine Entschädigungspflicht des Urhebers der Erklärung begründet. — Ihering macht auch hier den Gesichtspunkt der Verschuldung geltend. Es ist ihm von verschiedenen Seiten, meiner Ansicht nach mit Recht, entgegengehalten worden, daß in der Wahl indirecter Mittheilung statt der directen keine Verschuldung liege, nicht einmal in der Wahl telegraphischer Mittheilung Für den letzteren Fall hat eine Verschuldung angenommen das Urtheil des Landgerichts zu Cöln in dem in Note 5 erwähnten Fall, s. Reyscher a. a. O. S. 465 fg. — Bähr läßt die Art und Weise, wie die Entschädigungspflicht des Urhebers der Willenserklärung, welche auch er behauptet, zu begründen sei, dahin gestellt, ist aber der Meinung, daß, wenn die mit der Uebermittelung der Erklärung beauftragte Mittelsperson dem Dritten gegenüber an den Tag lege, daß sie von dem Wesen des durch sie vermittelten Rechtsgeschäfts Bewußtsein habe, sie selbst auf den von ihr erklärten Willen contrahire, und daher zur Ausführung desselben verpflichtet sei. — Die meisten der in Note 6 genannten Schriftsteller (Reyscher, Busch, Serafini, Mittermaier) wollen eine Entschädigungspflicht des Urhebers der Willenserklärung nicht, oder doch nur für den Fall anerkennen, wo ihm eine Verschuldung wirklich zur Last falle, oder wo der ertheilte Auftrag auf sofortiges Handeln (ohne vorherige Rückerkundigung) gehe, oder wo zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten ein fortdauerndes Vertragsverhältniß bestehe, vermöge dessen Jener Diesem jeden Schaden bei Vollziehung der ertheilten Aufträge zu ersetzen habe. Bekker glaubt nur für den Fall helfen zu können, wo der abzuschließende Vertrag ein Mandat ist, für diesen aber in der Weise, daß er eine, wie mir scheint, unzuläßige Unterscheidung zwischen dem ertheilten Auftrag an sich und seinem Inhalt macht. Gegen alle Entschädigungspflicht ist auch Burchardi über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen bei der Erfüllung von Obligationen (Kiel 1861) S. 35. 36.

[7] Der Erklärende eignet sich das Resultat an, welches das gewählte Erklärungsmittel unter dem von ihm gegebenen Impuls liefert. Die wissentlich falsche Uebermittelung des Boten erfolgt nicht auf den Impuls des Auftraggebers

§. 309.

Die Erklärung des obligatorischen Willens braucht nicht nothwendig an die Person desjenigen gerichtet zu werden, welcher durch die Annahme derselben den Vertrag zum Abschluß bringt.

1. Sie kann gerichtet werden an eine unbestimmte Person. Anwendungen dieses Falls sind:

a) die Auslobung[1], d. h. das öffentliche Versprechen einer Leistung an denjenigen, welcher seinerseits irgendwie thätig werden wird[2]. Indem Jemand in der vorgeschriebenen Weise wirklich thätig wird, nimmt er das Versprechen an, und bringt dadurch den Vertrag zu Stande[3], vorausgesetzt jedoch daß er auch in der Absicht thätig wird, um dadurch ein Recht auf die ver-

---

[8] Dieser Punkt ist nicht unzweifelhaft; doch scheint mir die aufgestellte Behauptung nicht zu kühn. Indem der Erklärende sich das Resultat des von ihm gewählten Erklärungsmittels aneignet, zieht er nur die regelmäßige Action dieses Mittels und die von derselben unzertrennlichen Störungsmöglichkeiten in Betracht. Hiernach wäre z. B. zu entscheiden, wenn etwa der beauftragte Bote in Geistesstörung verfiele, und unter dem Einfluß derselben die ihm aufgetragene Erklärung entstellte.

[1] G. Ph. von Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des rö- §. 309.
mischen bürgerlichen Rechts I Nr. 11 (1817). Schütze Jahrb. d. gem. R. V. 2 (1862). Außerdem Ihering Jahrb. f. Dogm. IV. S. 93—106, Sintenis II §. 96 Note 58, Kuntze zu Holzschuher III S. 297—302.

[2] Z. B. einen verlorenen Gegenstand zurückbringen, die beste Abhandlung über eine bezeichnete Frage einliefern wird.

[3] Diese Auffassung der Auslobung theilen Bülow, Schütze, Ihering, Regelsberger, auch Unterholzner I S. 53. Andere stellen die Auslobung mit der Pollicitation zusammen, und betrachten sie demnach als einseitiges Rechtsgeschäft, so Kuntze, Puchta §. 259 Nr. 4, Arndts §. 241 Nr. 3. Auch Sintenis neigt zu dieser Auffassung, obgleich er andererseits Zurücknahme des Versprechens bis zu wirklich geschehener Leistung gestattet. Savigny Obl. II S. 90 fg. faßt zwar die Auslobung auf, wie hier geschehen, leugnet aber, daß aus derselben nach gemeinem Recht ein Forderungsrecht entstehe. Allerdings läßt sich ein solches aus dem römischen Recht nicht direct nachweisen (über die Stellen, welche man hierher zu ziehen versucht hat oder ziehen könnte, namentlich l. 15 D. de praescr. verb. 19. 5, s. Schütze S. 56—61), obgleich dafür die Analogie des iactus missilium (§. 172 Note 11) und der letztwilligen Verfügung zu Gunsten einer incerta persona (§. 27 I. de leg. II. 20) spricht. Jedenfalls aber wird das Geschäft in der Uebung so sehr als rechtsverbindlich anerkannt, daß man füglich ein Gewohnheitsrecht dieses Inhalts annehmen kann. S. auch Seuff. Arch. IX. 275, und vgl. das. XI. 217.

sprochene Leistung zu erwerben[4]. In anderer Weise als durch Thätigwerden in der vorgeschriebenen Weise kann das Versprechen nach dem Sinne, in welchem es gegeben worden ist, nicht angenommen werden[4a]. Bis zur Annahme steht dem Versprechenden der Rücktritt frei; hat aber Jemand mit der vorgeschriebenen Thätigkeit bereits begonnen und dabei eine Aufopferung gemacht, so muß ihm der Rücktretende dieselbe ersetzen[5].

---

[4] Denn sonst liegt in dem Thätigwerden keine Acceptation des gegnerischen Versprechens. Regelsberger S. 211—213. — Wie ist es, wenn Mehrere zu gleicher Zeit, oder wenn Mehrere durch gemeinschaftliche Thätigkeit die gestellte Bedingung erfüllen? Regelsberger S. 209—211.

[4a] Regelsberger S. 204.

[5] Es macht sich hier der gleiche Grundsatz geltend, wie in den Fällen des §. 307 Note 5. 10. 11. §. 308 Note 5. Auch hier bestimmt die Erklärung den Gegner zu einem der Wirklichkeit nicht entsprechenden Vertrauen, und bringt ihn dadurch in Nachtheil; nur ist das Vertrauen hier gerichtet nicht auf das Zustandegekommensein, sondern auf das Zustandekommenwerden oder Zustandekommenkönnen des Vertrages. Behauptet der Erklärende, daß der Gegner ohnehin den Preis nicht gewonnen, also auch bei Nichtzurücknahme der Auslobung seine Aufopferung unnütz gemacht haben würde, so liegt ihm der Beweis ob; der Arbeitende stützt seinen Anspruch nicht darauf, daß er den Preis gewonnen haben würde, sondern darauf, daß ihm die Möglichkeit des Gewinnens abgeschnitten worden ist. Regelsberger (S. 220), welcher diese Vertheilung der Beweislast nicht anerkennen will, entnimmt daraus ein Argument gegen die ganze Construction. Er selbst erklärt den Widerruf der Auslobung für unwirksam, sobald mit der Ausführung der geforderten Leistung begonnen worden sei, indem er auch hier, wie bei dem Vertragsantrag an einen Abwesenden einen stillschweigenden Verzicht auf den Widerruf annimmt. Mir scheint diese Annahme hier noch weniger Grund zu haben, als dort. Andere sehen in dem Beginn der Ausführung bereits die Acceptation, und lassen also mit derselben den Vertrag sofort zu Stande kommen; so v. Bülow, Puchta, Arndts, Sintenis. Kuntze behauptet Unwiderruflichkeit von allem Anfang, überläßt es jedoch weiterer Erwägung, ob nicht einzelne Ausnahmen zu statuiren seien (a. a. S. 299). Einen Schadensersatzanspruch, wie hier, nehmen an Savigny, Schütze, Ihering, die beiden Ersten nach dem Recht der actio doli, der Letztere indem er auch hier den von ihm aufgestellten Begriff der culpa in contrahendo (§. 307 Note 5) verwerthet (a. a. O. S. 104—106). — Gleiche Wirkung nach der einen und andern Seite, wie dem Widerruf, muß auch dem Tode des Auslobenden und dem Verlust seiner Handlungsfähigkeit zugeschrieben werden (§. 307 Nr. 2. 3). Kuntze (a. a. O. S. 299) läßt auch durch diese Thatsachen den rechtlichen Bestand der Auslobung nicht afficirt werden; Regelsberger erklärt den Tod für gleichgültig demjenigen gegenüber, welcher mit der Ausführung begonnen habe (vgl. §. 307 Note 10).

Unverbindlich ist die Auslobung, wenn in derselben erkennbar hervortritt, daß ihr ein wirklicher Verpflichtungswille nicht zu Grunde liegt[6]. — Ferner kann hierher gehören:

b) die Versteigerung[7]. Die Versteigerung gehört dann hierher, wenn sie in dem Sinne erfolgt, daß der Versteigerer durch jedes erfolgende Gebot gebunden sein will. In diesem Fall ist sie ein Vertragsanerbieten an denjenigen, welcher die besten Bedingungen stellen wird, den Meistbietenden oder Wenigstfordernden. Durch jedes Gebot kommt ein Vertrag mit dem Versteigerer zu Stande[8], aber

---

[6] Dieser Satz ist im Princip ebenso feststehend, als seine Anwendung im einzelnen Fall schwierig ist. Aber man denke an die Marktschreiereien, mit welchen oft bedeutende Belohnungen demjenigen versprochen werden, welcher die Ungenügendheit irgend einer Waare nachweisen werde. Jedenfalls aber geht Schütze (S. 46 fg.) zu weit, wenn er die Behauptung aufstellt, daß in allen Fällen die Auslobung als nicht ernstlich gemeint anzusehen sei, in welchen der Auslobende an der Erfüllung der gestellten Bedingung kein Interesse habe (dawider Ihering S. 99), oder in welchen die gestellte Bedingung von mehreren Personen nacheinander erfüllt werden könne. S. auch Kuntze a. a. O. S. 301—302. Regelsberger S. 205 fg. erklärt jede Auslobung für unverbindlich, bei welcher der Auslobende ein Interesse an der Nichterfüllung habe, jedoch nicht aus dem Grunde des Mangels der Willensernstlichkeit, sondern weil ein solches Versprechen nicht sowohl Auslobung als vielmehr einseitige Wette, die einseitige Wette aber von gemeinem Rechte nicht anerkannt sei. Ich halte das nicht für richtig (vgl. §. 420 Note 4), jedenfalls ist der Entscheidungsgrund des Urtheils bei Seuff. Arch. XVI. 217, auf welches sich Regelsberger beruft, Mangel der Willensernstlichkeit.

[7] E. A. Seuffert de auctione (Habilitationsschrift, 1854). Kindervater Jahrb. f. Dogm. VII. 1 (1865); dazu Ihering das. Nr. 4; Antwort Kindervater's Nr. 7; Replik Ihering's Nr. 8. Unger das. VIII. 5 (1866). Regelsberger in der vor §. 305 citirten Schrift S. 162—195. Unterholzner I S. 54, Puchta §. 252 u. Vorl. dazu, Arndts §. 231 Anm. 4, Sintenis II S. 252—257, Keller S. 443—444.

[8] Der Versteigerer erklärt durch die Versteigerung, daß er den Meistbietenden 2c., also zunächst jeden Bietenden, als Gläubiger annehmen wolle. Durch jedes Gebot wird dieser Wille acceptirt. — Ihering a. a. O. leugnet die juristische Möglichkeit des Zustandekommens eines Vertrages in diese Weise. Die Praxis habe die Verbindlichkeit des Vertragsanerbietens in incertam personam eben nur bei der Auslobung anerkannt, sonst nicht. Ich bin anderer Ansicht. Ich glaube, daß die Praxis bei der Auslobung ein Princip anerkannt hat, welches wir auch in andern Fällen, in welchen die Ernstlichkeit des Vertragsanerbietens ebenso unzweifelhaft ist, wie bei der Auslobung, zu verwerthen wohl befugt sind (vgl. jedoch auch Seuff. Arch. XI.

ein Vertrag unter der, im Zweifel aufschiebenden[9], Bedingung, daß nicht von einem Andern ein besseres Gebot geschehen sollte. Jedes bessere Gebot begründet also den Ausfall der Bedingung des vorher abgeschlossenen Vertrages[10], und der definitive Vertrag kommt erst durch das letzte Gebot zu Stande[11]. — Es kann aber auch der Sinn der

---

218). Und ich glaube nicht, daß ein deutsches Gericht aus theoretischen Gründen dem Versteigerer die Befugniß zum Rücktritt zugestehen würde trotz seiner unzweifelhaften Erklärung, gebunden sein zu wollen. Ich erinnere mich, Fischversteigerungen zugesehen zu haben, bei welchen der Versteigerer die Preise von oben nach unten ausrief, immer hinabsteigend, bis einer der Anwesenden „Mein" rief; würde Ihering auch für einen solchen Fall der Meinung sein, daß das Zustandekommen des Vertrages noch eine neue, in die Willkür des Verkäufers gegebene, Willenserklärung voraussetze? Aus der bei uns gebräuchlichen Art der Versteigerung entnimmt Ihering noch einen zweiten Grund für die Unverbindlichkeit der in der Versteigerung enthaltenen Proposition, daß nämlich diese Proposition keinen bestimmten Preis nenne. Ich halte auch diesen Grund nicht für stichhaltig. Die Offerte ist unverbindlich, wenn sie die Bestimmung des Preises von der Willkür des Offerenten abhängig macht. Sie ist gewiß nicht unverbindlich, wenn sie die Bestimmung des Preises auf den Willen eines Dritten stellt (§. 1 I. de emt. et vend. 3. 22, l. 15 C. de cont. emt. 4. 38); und warum sollte sie die Bestimmung nicht auf die Willkür dessen stellen können, dem das Anerbieten gemacht wird? S. auch §. 386 Note 6. 7. Ihering behauptet freilich (S. 378), daß ein pretium certum im Sinne der Römer nie vorliege und also auch eine Gebundenheit des Verkäufers nie stattfinde, wenn die Bestimmung des Preises von der Zukunft abhange. Demnach würde auch ein Verkauf um einen von einem Dritten zu bestimmenden Preis unverbindlich sein, wovon doch die oben genannten Stellen sehr ausdrücklich das Gegentheil sagen. Vgl. auch Seuffert l. c. p. 14, Regelsberger S. 171. Seuff. Arch. XX. 214.

[9] Es ist im Zweifel als Absicht der Parteien anzusehen, daß ein festes Rechtsverhältniß erst mit dem Schluß der Versteigerung eintreten solle. Seuffert p. 15, Kindervater S. 10. 11. A. M. Puchta a. a. O.

[10] Namentlich in früherer Zeit war die Meinung sehr verbreitet, daß ein zweites Gebot zwar den Versteigerer entlaste, nicht aber den ersten Bieter. Der Grund dieser Meinung lag in der falschen Herbeiziehung der Analogie der in diem addictio, aus welcher noch andere unrichtige Consequenzen abgeleitet wurden. Glück XVI S. 267 fg. Dawider Seuffert p. 11 sqq., Kindervater S. 11 fg. 360 fg., Regelsberger S. 175—177. S. auch Note 15.

[11] Der Zuschlag hat in diesem Falle nicht die Bedeutung einer den Vertrag zum Abschluß bringenden Willenserklärung des Versteigerers; sondern es soll durch denselben constatirt werden, daß ein weiteres Gebot nicht erfolgt,

Versteigerung der sein, daß der Versteigerer keinem der Bieter gebunden sein will. In diesem Falle ist die Versteigerung nicht Vertragsanerbieten an eine unbestimmte Person, sondern eine Einladung an das Publikum, seinerseits Vertragsanerbieten zu stellen, und ein Vertrag kommt erst dadurch zu Stande, daß der Versteigerer eines dieser Anerbieten seinerseits acceptirt[12]. Welchen Sinn die Versteigerung wirklich habe, ist eine für jeden einzelnen Fall zu lösende thatsächliche Frage: im Zweifel wird ihr aber der erste Sinn nicht beigelegt werden dürfen[13]. Hat sie den zweiten Sinn, so entsteht noch die fernere Frage, ob der Versteigerer den Vertrag mit jedem Bietenden abschließen kann, oder nur mit dem Letztbietenden. Auch dieß ist eine Intentionsfrage; im Zweifel wird für das Letztere, also das Freiwerden eines jeden Bietenden durch ein Uebergebot, zu entscheiden sein[14]. Jeden-

---

also die Bedingung des durch das letzte Gebot abgeschlossenen Vertrages erfüllt sei. Kindervater S. 14 unt., Seuffert p. 14.

[12] Ihm den Zuschlag gibt. In diesem Falle hat also der Zuschlag die Bedeutung einer den Vertrag zum Abschluß bringenden Willenserklärung wirklich.

[13] So die meisten Neueren, Unterholzner, Sintenis, Keller, Seuffert, Unger, Regelsberger, und namentlich mit großer Energie Ihering gegen Kindervater, obgleich doch auch der Letztere sagt, daß der Versteigerer nur dann gebunden sei, „wenn (er) erklärt, mit demjenigen einen Vertrag eingehen zu wollen, welcher bis zu einer bestimmten Zeit das beste Gebot abgeben werde" (S. 15; s. auch S. 367). Ganz unzweifelhaft ist die Sache doch nicht. Es ist freilich nicht anzunehmen, daß der Versteigerer geneigt sein sollte, seine Sache um jeden beliebigen Preis hinzugeben; aber hat er nicht die Möglichkeit, selbst oder durch einen Andern überzubieten? Und wenn oft genug zu diesem Mittel wirklich gegriffen wird, weist dieß nicht darauf hin, daß der Versteigerer ein Bewußtsein davon hat, daß er sonst gebunden sein würde? Jedenfalls wird man zugestehen müssen, daß in erster Linie die Ortsgewohnheit entscheidet. Die Entscheidungen bei Seuff. XI. 134. 219 beziehen sich auf Fälle ausdrücklichen Vorbehalts der Ungebundenheit des Versteigerers. Für die Ungebundenheit auch ohne solchen Vorbehalt VI. 183; VIII. 38 nimmt Ungebundenheit des versteigernden Gerichts an. — Unger a. a. O. ist der Meinung, daß der Wille des Versteigerers, gebunden zu sein, sich unzweifelhaft auch aus der Bezeichnung eines Minimalpreises ergebe. Dagegen Regelsberger S. 171.

[14] Auch hier ist Ihering anderer Meinung; ebenso Unterholzner. Dawider Seuffert, Sintenis, Regelsberger; unbestimmt Keller. Ich glaube nicht, daß die Auffassung Ihering's die im Leben vorherrschende ist, und darauf kommt doch hier Alles an. Regelsberger (S. 178—180) nimmt

falls darf man nicht sagen, daß, weil der Versteigerer nicht sofort gebunden sei, auch der Bieter von seinem Gebote nach Willkür zurücktreten könne[15].

c) Die Auslobung und die Versteigerung sind nicht die einzigen Fälle, in welchen durch Vertragsanerbieten an eine unbestimmte Person ein Vertrag zu Stande kommen kann[16]. Nur sind mit Vertragsanerbieten an eine unbestimmte Person nicht zu verwechseln öffentliche Ankündigungen, durch welche zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts auf gewisse Bedingungen eingeladen wird[17]; sie sind nicht Vertragsanerbieten, sondern Aufforderungen zu Vertragsanerbieten, und daher unverbindlich[18].

2. Der obligatorische Wille kann auch einem Dritten gegenüber erklärt werden. In der Regel freilich wird die einem

---

aber als stillschweigend bedungen an, daß Gebote von Zahlungsunfähigen nicht in Betracht kommen sollen.

[15] Bei dem gegenseitigen Vertrag kann sehr wohl die Verpflichtung des einen Contrahenten ohne die des Andern bestehen. S. §. 321 Note 23. 25. Kindervater S. 8, Ihering S. 178, Regelsberger S. 172—175. Seuffert p. 16 sqq. nimmt ein pactum de emendo an (s. auch Ihering a. a. O. und Regelsberger S. 180). Die unrichtige Meinung bei Schweppe röm. Privatr. III §. 422, Wening-Ingenheim gem. Civilr. II §. 260, Göschen gem. Civilr. II. 2. §. 506. Doch kann allerdings der Sinn der Versteigerung auch der sein, daß die Bieter so wenig gebunden sein sollen, wie der Versteigerer es ist. Seuffert p. 18. — Der Bieter bleibt aber, wenn nichts Anderes bedungen ist, gebunden nur bis zum Schluß des Versteigerungstermins. Seuff. Arch. VI. 183.

[16] „Was fehlt zur Gültigkeit des Angebotes, wenn Jemand im Wirthshaus öffentlich seine Uhr um einen bestimmten Preis ausbietet?" Regelsberger S. 49. A. M. Ihering (Note 8), auch Bekker Jahrb. d. gem. R. II S. 356 und das Urtheil bei Seuff. Arch. XI. 218. — Andere zählen hierher auch die Begründung einer Inhaber- und Ordrepapierforderung. S. darüber §. 304 Note 10. — Sind Einladungen zur Actienzeichnung ein Angebot? Regelsberger S. 52 fg.

[17] Ankündigungen von Waaren, oder Büchern, oder Miethwohnungen zu gewissen Preisen, Ankündigungen von Eisenbahn- oder Dampfschifffahrten &c.

[18] Schütze Jahrb. d. gem. R. V S. 42—44, Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 95—97. VII S. 174, Bekker Jahrb. d. gem. R. II S. 356. HGB. Art. 337. „Das Anerbieten zum Verkauf, welches erkennbar für mehrere Personen, insbesondere durch Mittheilung von Preislisten, Waarenverzeichnissen, Proben und Mustern geschieht, ... ist kein verbindlicher Antrag zum Kauf". Seuff. Arch. XVII. 20.

Dritten gegenüber abgegebene Erklärung des Inhalts, daß man sich zum Gläubiger oder Schuldner einer andern Person machen wolle, ein bloßes Reden vom Wollen, nicht der Ausdruck eines wirklichen Wollens sein. Steht es aber fest, daß sie der Ausdruck eines wirklichen Wollens ist, so hat sie die gleiche juristische Bedeutung, wie wenn sie direct an denjenigen, welcher dadurch zum Gläubiger oder Schuldner gemacht werden soll, gerichtet worden wäre[19].

b. Vorvertrag. Punctation.

§. 310.

1. Dem Vertrage kann ein anderer Vertrag vorhergehen, durch welchen die Verbindlichkeit zum Abschluß des Hauptvertrages übernommen wird. Ein solcher Vertrag wird passend Vorvertrag genannt[1]. Aus dem Vorvertrag entsteht ein Forderungsrecht auf Abschluß des Hauptvertrages, bez. wenn der Abschluß verweigert wird, auf Leistung dessen, was der Berechtigte bei Abschluß des Hauptvertrages gehabt haben würde[2]. Dieß jedoch

---

[19] Für das römische Recht läßt sich dieser Satz nicht rechtfertigen. Aber für das heutige Recht muß er, wie ich glaube, anerkannt werden. Er ist eine unmittelbare Consequenz der Zuläſſigkeit der obligatorischen Willenserklärung an eine unbestimmte Person. Ein hierher gehöriger Fall bei Seuff. Arch. X. 47 Nr. 2 (Bürgschaftswillen dem Schuldner gegenüber erklärt). Ein anderer Fall bei Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I S. 627 (Nr. 3). Gehört auch die Schuldübernahme hierher? S. §. 338. Actienzeichnung vor gegründeter Gesellschaft? Regelsberger S. 54 fg. — Regelsberger S. 49 greift in diesen Fällen zu der äußerst unnatürlichen Annahme, es sei der Dritte zur Ueberbringung der Schuldnererklärung an den Gläubiger ermächtigt.

[1] Gewöhnlich sagt man: pactum de contrahendo. Den Ausdruck „Vorvertrag" hat Thöl (Handelsr. I §. 62 Note 1) vorgeschlagen. Allerdings bezeichnet derselbe an und für sich nur einen Vertrag, welcher einem anderen Vertrage vorhergeht, nicht auch, daß der vorhergehende Vertrag gerade auf Abschluß dieses anderen Vertrages gerichtet sei. Aber Freiheiten dieser Art wird man bei der Wahl oder Bildung technischer Ausdrücke nie ganz vermeiden können. — Die vor §. 305 citirte Schrift von Regelsberger handelt vom Vorvertrag S. 129—133. §. 310.

[2] L. 68 D. de V. O. 45. 1. — „Quodsi ita stipulatus fuero: *pecuniam te mihi crediturum spondes?* incerta est stipulatio, quia id venit in sti-

nur unter der Voraussetzung, daß bei dem Vorvertrage alle gesetzlichen Bedingungen erfüllt sind, von welchen auch die Gültigkeit des Hauptvertrages abhängt. Namentlich also entsteht aus dem Vorvertrage ein Forderungsrecht dann nicht, wenn das Recht für die Gültigkeit des Hauptvertrags eine Form verlangt, und dieselbe bei dem Vorvertrage nicht gewahrt ist[3].

2. Unter Punctation[4] wird verstanden eine schriftliche Beurkundung, welche die Parteien, ehe sie den Vertrag vollenden oder als vollendet ansehen, über die bis dahin erzielte Einigung aufnehmen. Eine solche Punctation kann möglicherweise bloß zur Notiz, als Anhaltspunkt für das Gedächtniß, gemacht werden, ohne daß die Parteien irgendwie gebunden sein wollen. Dann hat sie gar keinen juristischen Werth[5]. Sie kann aber auch in bindendender Absicht gemacht werden. a) Die Parteien sind über die Hauptpunkte des Vertrages einig geworden; aber über Nebenpunkte bleibt künftige Vereinbarung vorbehalten. Dann kann Vollziehung des Vertrages gefordert werden, und wenn über die Nebenpunkte keine Vereinbarung zu Stande kommt, entscheidet in Betreff ihrer die gesetzliche Regel[6]. b) Die Parteien sind über alle Punkte einig geworden; aber es soll noch eine besondere Form hinzukommen. Dann liegt entweder ein Vorvertrag vor, oder was die Parteien Punctation nennen, ist in der Wirklichkeit der Vertrag selbst. In beiden Fällen ist zu unterscheiden, ob die Form eine für die Gültigkeit des Vertrages gesetzlich vorgeschriebene, oder ob sie eine gewillkürte ist. Im ersten Fall ist die

---

pulationem, quod mea interest". L. 122 §. 3 D. eod., l. 75 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1. Vgl. §. 370 Note 18.

[3] Thöl Handelsrecht I S. 374. Vgl. übrigens auch Arndts krit. VJSchr. V S. 166. 167, Regelsberger S. 141—144. — Hat particularrechtlich eine gesetzliche Form die Bedeutung, daß durch sie nicht die Gültigkeit, sondern nur die Klagbarkeit oder die Beweisbarkeit des Vertrages bedingt sein soll (s. §. 312 Note 8—10), so ist ohne Form auch der Vorvertrag nicht klagbar oder nicht beweisbar.

[4] Thöl Handelsr. I §. 62, Sintenis II S. 249. 250, Regelsberger S. 136 fg.

[5] Auf Vertragsverhandlungen, welche noch zu keiner Bindung geführt haben, geht der Ausdruck „Tractate".

[6] Thöl a. a. O. S. 389, Sintenis a. a. O. Note 16.

Punctation unverbindlich[7], im zweiten Fall kann aus derselben, wenn sie Vorvertrag ist, Abschluß des Vertrages in der verabredeten Form, wenn sie der Vertrag selbst ist, Vollziehung der Form, aber auch ohne dieselbe sofort Erfüllung gefordert werden[8].

c. Erfordernisse der Gültigkeit des Vertrages.

α. Ueberhaupt.

§. 311.

Damit ein gültiger Vertrag vorliege, ist erforderlich: 1) daß zwei (oder mehrere) Willenserklärungen in diejenige Beziehung zu einander getreten seien, welche durch den Begriff des Vertrages gefordert wird; 2) daß jede dieser Willenserklärungen für sich betrachtet gültig sei. — Der erste Punkt ist bereits im Vorhergehenden (§. 305 fg.) erörtert worden. Nur eine Consequenz des daselbst Gesagten ist es, daß beide Willenserklärungen auf Dasselbe gerichtet sein müssen. Wird daher die Annahme der gegnerischen Willenserklärung auf etwas Anderes gerichtet, als ihren wirklichen Inhalt, indem der Annehmende sich von ihrem Inhalt eine irrige Vorstellung macht, so ist die erklärte Annahme nur eine scheinbare, keine wirkliche. Jedoch schadet dabei eine Differenz in einem unwesentlichen Punkte nicht (I §. 77). — Ueber die Gültigkeit der in dem Vertrage vereinigten Willenserklärungen, jede für sich betrachtet, entscheiden zunächst die allgemeinen Grundsätze von den Rechtsgeschäften (I §. 70 fg.). Von denselben ist hier hervorzuheben der Satz, daß die Willenserklärung auch dann ungültig ist, wenn sie dem wirklichen Willen in einem wesentlichen Punkt nicht entspricht. Dieser Satz wird hier deßwegen besonders hervorgehoben, weil zu dem oben (I §. 76) Gesagten hinzuzufügen ist, daß, wenngleich in Folge einer Differenz zwischen der Erklärung und dem wirklichen Willen der Vertrag nichtig ist, doch der Erklärende dem anderen Theil auf Ersatz des Nachtheils haftet, welcher demselben aus dem berechtigten Ver-

---

[7] Vgl. Note 3.

[8] Vgl. §. 312 a. E. — Ueber den Fall der Abweichung zwischen Punctation und Hauptvertrag s. Seuff. Arch. X. 242.

trauen auf das Zustandekommen des Vertrags erwachsen ist[1]. — Näher ist hier zu handeln von den Voraussetzungen der Gültigkeit der obligatorischen Willenserklärung mit Rücksicht: a) auf ihre Form (§. 312); b) auf ihren Inhalt (§. 314 fg.); c) mit Rücksicht auf die Frage, ob zur obligatorischen Willenserklärung auch der Wille eines andern benützt werden kann (§. 313).

β. Form des Vertrages.

§. 312.

Das römische Recht stellt die Regel auf, daß der obligatorische Vertrag, um ein Forderungsrecht zu erzeugen[1], der Form der Stipulation[2] bedürfe. Von dieser Regel läßt es aber Aus-

---

§. 311. [1] Nach dem in §. 307 Note 5 entwickelten Grundsatz. Vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 73 fg.

§. 312. [1] Ueber die Frage, ob ohne Wahrung der Form auch keine naturalis obligatio entstand, s. §. 289 Note 1.

[2] Das Charakteristische der Stipulation bestand darin, daß sie 1) durch mündliche Rede unter Gegenwärtigen, 2) durch Frage und Antwort abgeschlossen wurde. Uebrigens ist die Form der Stipulation im neuesten römischen Recht ungemein abgeschwächt. Zwar ist es nicht sicher, daß durch die bekannte Constitution von Kaiser Leo vom Jahr 469 (l. 10 C. de contr. stip. 8. 38) die Nothwendigkeit von Frage und Antwort aufgehoben worden sei, obgleich die Worte des Gesetzes kaum anders verstanden werden können, vgl. auch §. 1 I. de V. O. 3. 16. Aber jedenfalls stand es schon früher fest, daß die Stipulation durch eine sie bezeugende Schrift ersetzt werden könne (Paul. S. R. V. 7 §. 2, §. 17 I. de inut. stip. 3. 20, §. 8 I. de fidei. 3. 21, l. 30 l. 134 §. 2 D. de V. O. 45. 1, l. 57 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). Justinian hat ausdrücklich bestimmt, daß gegen eine solche Schrift kein anderer Gegenbeweis zulässig sei, als der Beweis der Abwesenheit von dem Orte des Datums (l. 10 C. de contr. stip. 8. 38); daß der Gegenbeweis nicht darauf gerichtet werden könne, daß die mündliche Verhandlung zwischen den Parteien nicht in der nöthigen Form stattgefunden habe, scheint nie bestritten gewesen zu sein. Gneist formelle Verträge S. 243—265, Keller S. 434—436. — Ueber die Versuche, welche man gemacht hat, für das spätere römische Recht auch einen Vertrag durch Schrift nachzuweisen (s. g. neuerer römischer Literalvertrag) s. namentlich Cropp in Heise und Cropp Abhandl. I Nr. 18, Bähr Anerkennung §. 36. 37 und Jahrb. f. Dogm. II S. 339—342; dagegen Sintenis in Sell's Jahrbüchern I S. 268—272, Gneist formelle Verträge S. 321 fg., Arndts krit. Ueberschau IV S. 230—235, Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 67 fg. Ueber die ebenfalls hierher gehörige Schrift von Einert: über das Wesen und die Form des Literalcontractes,

nahmen zu, sei es, daß es der Einigung der Parteien als solcher[3], sei es daß es der Einigung der Parteien in ihrer Anknüpfung an eine von dem Gläubiger dem Schuldner gemachte Leistung[4] bindende Kraft zuschreibt.

Die römische Regel ist in Deutschland nicht zur Geltung gelangt. Nach einem unbestrittenen Gewohnheitsrecht gilt heutzutage die umgekehrte Regel, daß die irgendwie erklärte Einigung der Parteien ein Forderungsrecht erzeugt[5]. — Von dieser Regel

---

wie dieser zur Zeit der Justinianischen Gesetzgebung ausgebildet gewesen (1852), s. die Recension von Fick Heid. krit. Zeitschr. I S. 479 fg.

[3] Contractus qui consensu fiunt (s. g. Consensualverträge); s. g. pacta praetoria und pacta legitima.

[4] Contractus qui re fiunt, s. g. Realverträge. Der Begriff des Realvertrages ist näher so zu denken: der Gläubiger leistet unter der Auferlegung einer Verpflichtung, der Schuldner nimmt die Leistung, wie sie ihm gemacht worden ist, und damit die Auflage der Verpflichtung an. Daß die in dieser Weise zu Stande gekommene Einigung der Parteien auch ohne Stipulationsform verbindlich sei, war zuerst nur für vier Verträge anerkannt (mutuum, commodatum, depositum, pignus); die Anerkennung der allgemeinen Regel gehört einer späteren Zeit an (vgl. Note 5). Jene vier Verträge pflegt man heutzutage benannte Realverträge, alle anderen Verträge, welche sich an eine von dem Gläubiger dem Schuldner gemachte Leistung anlehnen, unbenannte Realverträge (Innominat-Realcontracte) zu nennen.

[5] Vgl. zu dem bisher in diesem §. Gesagten v. d. Pfordten Abhandlungen Nr. 3, Savigny Obl. II §. 72—78, Schlesinger Formalcontracte S. 96—98. Ueber das Alter der Klagbarkeit der Consensual- und (benannten) Realverträge ist die neueste Untersuchung die von Demelius Zeitschr. f. Rechtsgesch. II S. 177 fg. (1863), s. auch Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 94 fg. Ueber das Alter der Klagbarkeit der unbenannten Realverträge (actio praescriptis verbis) s. Voigt condictiones ob causam S. 462 fg. und die das. Note 426 Citirten. — Darf man, weil heutzutage die römische Regel nicht mehr gilt, sagen, wie häufig geschieht, daß es heutzutage keine Realverträge mehr gebe? Nichts kann unrichtiger sein. Es gibt heutzutage keine Verträge mehr, bei welchen eine Leistung des Gläubigers an den Schuldner aus formellen Gründen nothwendig wäre; aber es gibt wohl Verträge, welche dadurch zu Stande kommen, daß unter der Auferlegung einer Verpflichtung gegeben (im weiteren Sinn), und mit dieser Auflage genommen wird. (Unrichtig hieß es in der ersten Auflage: es gibt Verträge, welche ihrem Inhalt nach eine Leistung des Gläubigers an den Schuldner voraussetzen. Der Miether ist auf Rückgabe der gemietheten Sache gewiß nicht verpflichtet, ohne sie empfangen zu haben; und doch ist der Miethvertrag kein Realvertrag. Es kommt darauf an, ob die Parteien eine Verpflichtung erst durch das Geben und Nehmen haben begründen wollen.) Vgl. v. d.

gibt es Ausnahmen; jedoch sind dieselben nicht zahlreich[6]. Wo aber ausnahmsweise für einen Vertrag eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, ist derselbe nichtig, wenn die Form nicht gewahrt ist[7]. Formen, wie sie in neueren Gesetzbüchern[8] vorkommen, welche nicht die Gültigkeit, sondern nur die Klagbarkeit[9] oder nur die Beweisbarkeit[10] des Vertrages bedingen, kennt das gemeine deutsche Recht nicht.

Auch wo gesetzlich eine Form nicht vorgeschrieben ist, kann eine solche von den vertragschließenden Parteien verabredet werden. Dieß kann in verschiedenem Sinne geschehen. a) Die Form soll zu dem vollendeten Vertrag als Beweismittel hinzukommen. Dann kann Vollziehung der Form, aber auch ohne dieselbe Erfüllung des Vertrages gefordert werden. b) Es liegt ein Vorvertrag vor auf Abschluß des Vertrages in der bezeichneten Form. Dann kann dieser Abschluß gefordert werden. Möglicherweise kann aber auch c) die Absicht der Parteien die sein, daß vor Vollziehung der Form noch gar keine Gebundenheit stattfinden solle. Dann kann vor Vollziehung der Form jede Partei zurücktreten, verliert jedoch das gegebene Handgeld bez. den Werth des empfangenen[11]. Ist die verabredete Form die schriftliche, so tritt Gebundenheit nicht eher ein, bis die Urkunde in der Reinschrift von beiden Parteien unterzeichnet ist[12].[13]

Pfordten a. a. O. S. 296 fg., Brinz krit. Blätter S. 18 fg. und Pand. S. 370 fg. 410 fg. 443 fg., Demelius Jahrb. f. Dogm. III. 5, Unger das. VIII. 1; auch in diesem Lehrbuch §. 321 Note 10, §. 371 Note 6, §. 377 Note 3, §. 383 Note 6, §. 384 Note 7.

[6] So ist z. B. für den Schenkungsvertrag über einen Werth von mehr als 500 Ducaten gerichtliche Protokollirung, für den Vergleich über letztwillig hinterlassene Alimente gerichtliche Bestätigung vorgeschrieben. Der R. A. von 1551 §. 79 erklärt eine jede „Verschreibung oder Obligation" zu Gunsten eines Juden für nichtig ohne gerichtlichen Abschluß. Vgl. Beseler deutsch. Privatr. §. 64 Note 13. Seuff. Arch. I. 36, X. 27.

[7] Vgl. Thöl Handelsr. I S. 375. 376.

[8] Vgl. Arndts in Ulrich's Arch. f. preuß. R. I S. 132 fg., Regelsberger S. 144—145.

[9] A. L. R. I. 5 §. 131. 155. 156. Thöl Handelsr. I §. 59.

[10] Code civil art. 1341 s.

[11] L. 17 i. f. C. de fide instr. 4. 21.

[12] L. 17 C. cit., vgl. pr. I. de emt. et vend. 3.23, l. 2 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1. Ueber den wahren Sinn der in diesen Stellen enthaltenen

γ. Vertrag durch den Willen eines Anderen*.

§. 313.

Daß der Vertragswille, wo die für die Erklärung vorgeschriebene Form kein Hinderniß in den Weg legt, auch durch das Organ eines Anderen erklärt werden kann, ist bereits bemerkt worden (§. 308). Es ist aber die fernere Frage, ob, wie die Erklärung des Vertragswillens, so auch der Vertragswille selbst Vertretung zuläßt, d. h. ob für Jemanden ein Vertrag dadurch zu Stande kommen kann, daß der Wille eines Andern in seinem Namen, als sein Wille, erklärt wird[1]? Diese Frage ist im Allgemeinen bereits in der Lehre von den Willenserklärungen überhaupt (I §. 73) beantwortet worden. Das römische Recht hat sie, wie überhaupt, so auch bei obligatorischen Verträgen, im Principe verneint. Nach römischem Recht bleibt demjenigen, welcher für

---

gesetzlichen Vorschrift ist übrigens Streit. Nach einer anderen Meinung will diese Vorschrift besagen, daß in allen Fällen der Verabredung einer Schrift, also auch bei perfectem Vertrage, jeder Contrahent zurücktreten könne. Eine Mittelmeinung nimmt an, das Gesetz verfüge wenigstens für den Zweifelsfall Freiheit des Rücktritts. Meiner Meinung nach ist auch dieser letzte Gedanke in dem Gesetze nicht enthalten; aber freilich, wenn das, was vorliegt, auch die Auslegung zuläßt, daß die Parteien sofortige Gebundenheit nicht gewollt haben, so wird man nach allgemeinen Auslegungsregeln (I §. 84 Note 5) sofortige Gebundenheit nicht annehmen dürfen. Vgl. die kleine Schrift von Setzer (Abhandlungen aus dem Civilrecht I [1860]), Regelsberger S. 145 fg.; ferner Glück IV S. 566. XVI. S. 29, Puchta §. 251. a. f, Arndts §. 232 Anm. 3, Sintenis S. 243. 244, Keller S. 436. 437, Unger II §. 86 Note 16, Thöl Handelsr. I §. 60. 61 a. A. Seuff. Arch. I. 198, VIII. 350, XII. 259, XVI. 102.

[13] Ueber den Fall, wo neben der von den Parteien vollzogenen Vertragsurkunde abweichende mündliche Beredungen behauptet werden, s. Thöl a. a. O. S. 386—388 und Seuff. Arch. VI. 19, IX. 233, X. 248, XIII. 216, XX. 216. 217; vgl. auch das. III. 30. 154, XV. 13, XVII. 21. 125.

* Literaturangaben I §. 73 Note *. §. 313.

[1] Der Verwalter eines fremden Vermögens gibt ein Darlehen im Namen des Principals. Ein Vormund verkauft im Namen des Mündels. Der Verwalter und der Vormund erklären nicht den Willen derjenigen, für welche sie handeln, sondern ihren eigenen Willen; aber sie wollen, daß ihre Willenserklärung als die Willenserklärung der Vertretenen rechtlich in Betracht kommen solle. — Die aufgeworfene Frage bezeichnet man gewöhnlich als die Frage nach der Zulässigkeit der Stellvertretung bei Verträgen. Vgl. I §. 73 Note 2.

einen Andern einen Vertrag abschließen will, nichts übrig, als den Vertrag auf seinen eigenen Kopf zu stellen, und durch denselben zunächst sich selbst zu berechtigen und zu verpflichten, und nur indirect wird in der Weise geholfen, daß dem Vertretenen die Befugniß gegeben wird, die von dem Vertragschließenden erworbene Forderung für sich geltend zu machen, und umgekehrt dem Gläubiger die Befugniß, die von dem Vertragschließenden übernommene Verpflichtung gegen den Vertretenen geltend zu machen[2]. Das römische Recht hat jedoch dieses Princip nicht ausnahmslos durchgeführt. Es hat anerkannt, daß, wenn Jemand auf den Namen eines Andern Etwas mit der Auflage der Rückgabe hingebe, durch die Zustimmung des mit der Auflage Empfangenden ein Vertrag zwischen Diesem und dem Vertretenen zu Stande komme[3]. Im heutigen Recht ist das römische Princip

---

[2] Vgl. §. 482, und Mühlenbruch Cession §. 14, Buchka Stellvertretung §. 5—7, Savigny Obl. II §. 54. 55, Schmid Grundlehren der Cession I S. 383 fg.

[3] Dieser Satz ist anerkannt für das Darlehn: l. 9 §. 8 D. de R. C. 12. 1, l. 35 §. 2 D. de don. 39. 5, l. 126 §. 2 D. de V. O. 45. 1, l. 2 C. per quas pers. 4. 27. Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 87—120, vgl. Buchka Stellvertretung S. 81—87, Brinz krit. Blätter II S. 24—32, Savigny Obl. II S. 66—67, Scheurl krit. Ueberschau I S. 328, Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 283—287, Scheurl das. II S. 2, Jacobi das. IV S. 292, Schmid Cession I S. 374 fg. Ihering stellt auch l. 6 C. de don. i. v. e. u. 5. 16 hierher; mir scheint in dieser Stelle von der Begründung eines Forderungsrechtes für den Vertretenen nicht die Rede zu sein. L. 1 §. 11 D. dep. 16. 3 gehört entschieden nicht hierher; der Vertreter, von welchem dieselbe handelt, erklärt fremden Willen. Vgl. übrigens auch noch Schmid Cession I S. 440. Ueber l. 4 C. si cert. pet. 4. 2 s. unten Note 6. — Das römische Recht verlangt nicht, daß das Hingegebene auch im Eigenthum des Vertretenen stehe; es soll genügen, daß es auf seinen Namen gegeben sei. Ihering a. a. O. vermittelt sich dieß durch die Vorstellung, daß kraft einer praesumtio iuris et de iure das Hingegebene als im Eigenthum des Vertretenen stehend, und der Vertreter als das Organ seines Willens angesehen werde. Ich glaube nicht, daß diese Construction zutreffend ist. Wenn Jemand die vermeintliche Schuld eines Andern auf dessen Namen mit eigenem Gelde bezahlt, so erwirbt er demselben zwar die condictio indebiti, aber er erwirbt ihm nicht für den Fall des bösen Glaubens des Empfängers die condictio furtiva; d. h. es wird zwar angenommen, daß die Hingabe aus dem Vermögen des Vertretenen erfolgt sei, aber es wird nicht angenommen, daß der Hingebende in der Hingabe aufgehört habe, Eigenthümer des Hingegebenen

durch Gewohnheitsrecht ganz beſeitigt, und es gilt das umgekehrte Princip, daß, wo nicht die Eigenthümlichkeit des Vertrags beſondere Hinderniſſe in den Weg legt, der Vertrag auch durch Vertretung des Willens geſchloſſen werden kann, in der Weiſe, daß aus dem Vertrag für den Vertreter gar keine Wirkungen entſtehen, für den Vertretenen aber ganz dieſelben, als wenn er den Vertrag ſelbſt abgeſchloſſen hätte[4].

---

zu ſein. L. 6 §. 3 l. 47 l. 57 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 6 C. eod. 4. 5; l. 18 D. de cond. furt. 13. 1, l. 80 §. 7 D. de furt. 47. 2 (zu letzterer Stelle vgl. §. 427 Note 4).

[4] Die Willenserklärung des Vertreters wird rechtlich als Willenserklärung des Vertretenen gedacht, fingirt. S. I §. 73 Note 16. — Andere glauben, daß auch nach heutigem Recht der Vertreter aus dem von ihm abgeſchloſſenen Vertrag wenigſtens formal berechtigt und verpflichtet werde, und daß der Gegenſatz zwiſchen dem heutigen und dem römiſchen Rechte nur darin beſtehe, daß nach heutigem Recht 1) der Contract auch im Ausdruck auf den Namen des Vertretenen geſtellt werden könne; 2) daß die für den Vertreter entſtandene Berechtigung und Verpflichtung in allen Fällen und ausſchließlich Wirkung nur für den Vertretenen, nicht für den Vertreter habe. S. die I §. 73 Note 16 Genannten. Zu dem a. a. O. Bemerkten füge ich noch Folgendes hinzu. Die bezeichneten Schriftſteller weichen in ihrer Auffaſſung noch von einander ab. Die Meiſten geben dem Vertretenen Erfüllungsrecht und Erfüllungspflicht aus fremder Obligation; Kuntze läßt für den Vertretenen eine „Zweigobligation" entſtehen bei Unwirkſamkeit der „Stammobligation" des Vertreters. Kuntze erklärt ſich gegen die hier vertheidigte Auffaſſung hauptſächlich aus praktiſchen Gründen. Er meint, daß, wenn die Willenserklärung des Vertreters als Willenserklärung des Vertretenen gedacht werde, ſie auch aus der Perſon des Vertretenen beurtheilt werden müſſe. (S. I §. 73 a. E.) Ich kann dieſe Conſequenz nicht zugeben. Es wird als Willenserklärung des Vertretenen gedacht nicht eine Willenserklärung gleichen Inhalts wie die des Vertreters, ſondern eine Willenserklärung wie die des Vertreters, mit allen Beſonderheiten, welche dieſelbe aus dem Zuſtande des Innern des Vertreters empfängt. Kuntze beruft ſich ferner darauf, daß Fictionen Nothbehelfe ſeien, zu denen man nicht greifen ſolle, wenn noch andere Mittel der juriſtiſchen Conſtruction übrig ſeien. Mir ſcheint die hier aufgeſtellte Fiction nicht eine civiliſtiſche Conſtruction zu ſein, ſondern der einfache Ausdruck des Parteiwillens; die Parteien wollen, daß eine Handlung nicht dem Handelnden, ſondern einem Andern angerechnet werde. Daß für den Vertreter zwar kein Recht und keine Pflicht, aber doch die Form eines Rechtes und einer Pflicht entſtehen ſolle, wollen ſie gewiß nicht. — Vgl. HGB. Art. 52. „Durch das Rechtsgeſchäft, welches ein Prokuriſt oder ein Handlungsbevollmächtigter gemäß der Prokura oder der Vollmacht im Namen des Prinzipals abſchließt, wird der Letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet Es iſt gleich-

Auch in Betreff der Vertretungsbefugniß gilt hier ganz das Gleiche, was oben für Willenserklärungen überhaupt gesagt worden ist (I §. 74)[5]; nur ist hinzuzufügen, daß, wenn Jemand etwas auf den Namen eines Andern mit der Auflage der Rückgabe hingibt, dadurch diesem Andern ein Forderungsrecht auch ohne seinen Willen erworben wird[6]. Ebenso gilt auch hier, daß die

---

gültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen des Prinzipals geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Kontrahenten für den Prinzipal geschlossen werden sollte. Zwischen dem Prokuristen oder Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Rechtsgeschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten". Dazu Art. 298. — Kann der Vertreter nicht wenigstens zur Erfüllung aus dem Vermögen des Vertretenen, insofern er solches in Händen hat, angehalten werden? Antwort: bloß auf Grund davon, daß der Vertrag durch ihn zu Stande gekommen ist, nicht. Thöl Handelsr. I §. 26 Text hinter Note 18; Seuff. Arch. V. 279, VI. 33, XVII. 240.

[5] Vollmacht des Institor: Thöl Handelsr. I §. 30—31[d], — des Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten des HGB.: das. Art. 41—51. 53. 54. Vgl. Laband Zeitschr. f. Handelsr. X S. 218 fg.

[6] L. 9 §. 8 D. de R. C. 12. 1, l. 35 §. 2 D. de don. 39. 5. Der aufgestellte Satz ist zweifellos für den Fall, wo der Hingebende dem Andern schenken will; s. außer l. 35 §. 2 cit. noch l. 43 §. 1 l. 59 §. 2 D. de I. D. 23. 3, welche letzteren Stellen zwar nicht von einer vertragsmäßigen Obligation handeln, aber doch so viel beweisen, daß Jemand schenkungsweise auch ohne seinen Willen in die rechtliche Lage gebracht werden könne, als habe er unter einer Voraussetzung hingegeben. Dagegen ist der aufgestellte Satz nicht zweifellos für den Fall, wo der Hingebende demjenigen, auf dessen Namen er hingibt, das Hingegebene in Anrechnung bringen, ihn also mit einer Verpflichtung belasten will. Mit einer Verpflichtung kann er ihn nicht ohne seinen Willen belasten; und läßt sich die Zuwendung von der darauf gelegten Verpflichtung trennen? Doch spricht für den aufgestellten Satz auch in dieser Ausdehnung l. 9 §. 8 D. de R. C. 12. 1; alle beschränkenden Auslegungen, welche man von dem Anfang dieser Stelle, worauf es hier ankommt, versucht hat, können dem Vorwurf der Willkürlichkeit nicht entgehen. Für nicht so beweisend halte ich l. 4 C. si cert. pet. 4. 2, welche von der condictio sine causa zu verstehen, mir nicht unmöglich scheint. Gegen die bezeichnete Ausdehnung spricht, daß die condictio indebiti demjenigen, auf dessen Namen gezahlt wird, wenn der Zahlende ihm die geleistete Zahlung anrechnen will, nicht ohne seinen Willen erworben wird, l. 47 D. de cond. ind. 12. 6, l. 18 D. de cond. furt. 13. 1, l. 80 §. 7 D. de furt. 47. 2. Vgl. über die verschiedenen Meinungen Brinz krit. Blätter II S. 24 fg., Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 87 fg., und die von diesen Schriftstellern Citirten. — Brinz a. a. O. S. 38 ist der Ansicht, daß nach heutigem Recht ein Anderer schenkungsweise zum Gläubiger ohne seinen Willen durch jeden Vertrag eines

mangelnde Vertretungsbefugniß durch hinterherige Genehmigung des Vertretenen erſetzt wird. Daß die Genehmigung noch bei Lebzeiten des Vertreters erfolge, iſt nicht erforderlich; ebenſowenig ſchadet eintretende Handlungsunfähigkeit deſſelben[7]. Bis es ſich entſcheidet, ob die Genehmigung erfolgt oder nicht, bleibt der andere Contrahent gebunden[8], und kann auch durch den Vertreter, welchem gegenüber er ſich gebunden hat, ſeiner Verpflichtung nicht enthoben werden[9]. Erfolgt die Genehmigung nicht, ſo iſt der Vertreter, inſofern er ſich zur Beibringung der Genehmigung ausdrücklich oder ſtillſchweigend verpflichtet hat, dem andern Contrahenten zum Erſatz ſeines Intereſſe verbunden[10].

δ. Inhalt des Vertrages.

§. 314.

1. Der Vertrag iſt ungültig, wenn er die zu machende Leiſtung ſo unbeſtimmt läßt, daß dadurch alle Gebundenheit des Schuldners ausgeſchloſſen wird[1]. Dieß iſt aber nicht der Fall, wenn die zu machende Leiſtung nicht der Willkür, ſondern dem Ermeſſen des Schuldners anheimgegeben iſt, d. h. einer von dem-

---

Stellvertreters gemacht werden könne. Ich halte dieſe Behauptung für zu weit gehend.

[7] L. 24 §. 1 D. ratam rem 46. 8. Buchka Stellvertret. S. 211, Brinz krit. Blätter II S. 40. — Wie iſt es, wenn der Vertretene vor der Genehmigung ſtirbt? Brinz und Buchka laſſen das Recht zur Genehmigung auf die Erben nicht übergehen. Mir iſt das nicht zweifellos. Kann man nicht ſagen, der Vertretene, da ihm das Recht, durch Genehmigung Gläubiger zu werden, gegen ſeinen Willen nicht mehr entzogen werden kann (Note 8. 9), ſei in der gleichen Lage, wie derjenige, dem unter einer Bedingung Etwas verſprochen worden ſei?

[8] S. l. 24 D. de neg. gest. 3. 5 und I §. 74 Note 4.

[9] S. I §. 74 Note 4. A. M. außer den daſelbſt Genannten auch Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 88 fg.

[10] S. I §. 74 Note 8. Das HGB. Art. 55. 298 gibt dem anderen Contrahenten die Wahl, von dem Vertreter „Schadenerſatz oder Erfüllung" zu verlangen. Ebenſo die WO. Art. 95. Vgl. Buchka Stellvertret. S. 238, Brinz krit. Blätter II S. 39, Thöl Handelsr. I S. 156, Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 289 fg., Laband Zeitſchr. f. Handelsr. X S. 229 fg. (ſ. darüber I §. 74 a. a. O.).

[1] S. §. 254 Note 3. §. 314.

ſelben zu treffenden, den vorhandenen Umſtänden und Verhältniſſen angemeſſenen Entſcheidung[2].

2. Ungültig iſt der auf eine unmögliche Leiſtung geſtellte Vertrag. Davon näher in §. 315.

3. Ungültig iſt der unerlaubte Vertrag[3]. Unerlaubt iſt a) der Vertrag, welcher gegen die Sittlichkeit verſtößt. Dieß iſt der Fall, wenn der Vertrag auf Hervorrufung oder Beförderung des Verbotenen, oder auf Hinderung des Gebotenen gerichtet iſt[4]; ferner wenn durch ihn auf die Freiheit des Entſchluſſes in Dingen eingewirkt werden ſoll, in welchen der Menſch ſich durch äußere Motive nicht ſoll beſtimmen laſſen[5]; endlich kann der Vertrag auch wegen der Verwerflichkeit der Geſinnung, welche ſich in ihm verräth, ein unſittlicher ſein[6]. b) Durch beſondere Rechtsvorſchriften ſind aus Gründen des öffentlichen ~~Rechts~~ Wohls noch andere Verträge ver-

---

[2] L. 3 C. de dot. prom. 5. 11, l. 69 §. 4 D. de I. D. 23. 3. Vgl. l. 24 pr. D. loc. 19. 2, l. 22 §. 1 D. de R. I. 50. 17; auch I §. 93 Note 7. Vgl. Seuff. Arch. XX. 111.

[3] L. 26 D. de V. O. 45. 1. „Generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti“. L. 4 C. de inut. stip. 8. 39: — „cum omnia, quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint“. L. 6 l. 30 C. de pact. 2. 3, Paul. S. R. III. 4B §. 2. Vgl. I §. 94 Note 9—15.

[4] L. 27 pr. l. 35 §. 1 l. 123 D. de V. O. 45. 1, l. 6 §. 3 l. 22 §. 6 D. mand. 17. 1, l. 8 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 5 C. eod. 4. 7, l. 27 §. 4 D. de pact. 2. 14. Seuff. Arch. I. 196; II. 19, XX. 114 (anders I. 195, VI. 167, X. 10, XVIII. 28); IV. 18; V. 118; VI. 166; VII. 274, VIII. 25, XIII. 126, XIV. 143, XVIII. 126, XIX. 100; VIII. 119 (anders III. 20, X. 146, XVI. 28); XI. 33; XII. 16, XVII. 201; XVIII. 29. Vgl. noch III. 20, VII. 18, XII. 274, XIII. 14. 242, XIV. 124. Vgl. Seuffert Pand. §. 258 Note 1.

[5] L. 71 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 134 pr. l. 19 D. de V. O. 45. 1, l. 2 C. de inut. stip. 8. 39, l. 97 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Vgl. I §. 94 Note 13.

[6] So namentlich der Vertrag, durch welchen ſich Jemand ein gebotenes Verhalten abkaufen läßt, l. 7 §. 3 D. de pact. 2. 14 (I §. 94 Note 12); ferner der Vertrag über die Erbſchaft eines noch nicht Geſtorbenen, l. 30 C. de pact. 2. 3 (vgl. l. 2 §. 2 D. de vulg. 28. 6: — „improbum esse Iulianus existimat eum, qui sollicitus est de vivi hereditate“). S. ferner l. 6. 7 D. de serv. exp. 18. 7 (— „viro bono non convenire credere, venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset“). Vgl. auch Seuff. Arch. VIII. 119 (anders III. 20, X. 146, XVI. 28).

boten, z. B. der wucherische Zinsvertrag (§. 261), der Spielvertrag (§. 419)[7].

4. Ungültig ist der Vertrag auch dann, wenn das Interesse, welches der Gläubiger an der versprochenen Leistung hat, ohne gerade verwerflich zu sein, doch nach Ermessen des Richters keinen Schutz verdient[8].

5. Eine nähere Betrachtung macht noch nothwendig die Frage, ob ein Vertrag gültig auch zu Gunsten oder zu Lasten eines Dritten abgeschlossen werden kann, so wie die fernere Frage, ob der Vertrag zu seiner Gültigkeit der Angabe seines Grundes bedarf. Davon in den §§. 316—318.

Vertrag auf eine unmögliche Leistung.

§. 315*.

Ist die Unmöglichkeit bloß eine subjective, so thut sie der Gültigkeit des Vertrages keinen Eintrag[1]; der Schuldner muß statt der Leistung, welche ihm unmöglich ist, dem Gläubiger sein Interesse in Geld vergüten[2]. Daß der Schuldner bei der Eingehung des Vertrages die Unmöglichkeit nicht kannte, befreit ihn von dieser Verbindlichkeit nicht[3]. Ist die Unmöglichkeit dagegen

---

[7] S. im Allgemeinen l. 6 C. de pact. 2. 3, l. un. §. 16 C. de rei ux. act. 5. 13, Paul. S. R. III. 4 B §. 2.

[8] Das Recht dient nicht Launen und frivolen Gelüsten. — Wenn von Anderen gelehrt wird, ungültig sei der Vertrag, wenn der Gläubiger an der versprochenen Leistung kein Interesse habe, so ist zu fragen, ob ein vernünftiger Mensch sich etwas wird versprechen lassen, woran er kein Interesse hat. Es wird nur umgekehrt aus dem Mangel des Interesse geschlossen werden dürfen, daß gar nicht die Absicht gewesen ist, einen bindenden Vertrag abzuschließen. Vgl. §. 251 Note 3 und §. 316 Note 3, sowie die das. Citirten, dazu noch Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 73 fg.

* Literaturangaben bei §. 264. §. 315.

[1] Stellen bei §. 264 Note 3.

[2] Mommsen Lehre vom Interesse §. 7—11, namentlich S. 90. 98 fg. Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 535. 536. Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 224 fg. Ihering das Schuldmoment im röm. Privatr. S. 46.

[3] So ist es namentlich ein anerkannter Satz, daß derjenige, welcher die Leistung einer fremden Sache verspricht, auf das Interesse haftet, ganz unabhängig davon, ob er die Sache für die seinige hielt oder nicht, und ob er im ersten Falle gute Gründe für seinen Glauben hatte oder nicht. S. u. A. l. 60

eine objective, so ist der Vertrag ungültig[4]; der Schuldner ist ebensowenig, wie zur Leistung des Unmöglichen, zur Leistung eines Geldäquivalentes verpflichtet. Dieß ändert sich auch dadurch nicht, daß derjenige, welchem versprochen wird, die Unmöglichkeit ohne seine Schuld nicht gekannt hat[5], nicht einmal dadurch, daß der

---

D. de evict. 21. 2, l. 17 C. de fide instr. 4. 21. Mommsen a. a. O. S. 74 fg. — Ich habe früher den Satz aufgestellt (Heid. krit. Zeitschr. II S. 108—110), der Versprechende hafte in dem Falle nicht, wenn früher eine Möglichkeit der Leistung vorhanden gewesen, diese aber durch eine inzwischen eingetretene, ihm unbekannte Thatsache in eine Unmöglichkeit verkehrt worden sei, und in ähnlicher Weise hat sich auch Mommsen ausgesprochen (Beiträge zum Obligationenrecht II S. 12—21. III S. 407—410). Ich gebe diesen Satz jetzt auf. Denn sieht man auf den innern Grund desselben, so ist dieser Grund doch kein anderer, als der, daß der Versprechende an einer Unkenntniß der angegebenen Art ganz besonders unschuldig sei, — mehr, als an der Unkenntniß einer Unmöglichkeit, welche von Anfang an vorhanden gewesen ist. Aber dieß ist eben irrig. Die Unkenntniß einer die Möglichkeit in Unmöglichkeit verkehrenden Thatsache kann dem Versprechenden viel mehr zur Last fallen, als die Unkenntniß einer Thatsache, welche die Möglichkeit von Anfang an ausgeschlossen hat, oder die nicht gehörige Werthschätzung der vorhandenen Thatsachen. Sieht man aber auf die Quellen, so ist der einzige Stützpunkt des aufgestellten Satzes die l. 55 D. de A. E. V. 19. 1. In derselben ist aber durchaus nicht gesagt, daß der verkaufte apud hostes befindliche Sclave ohne Wissen des Verkäufers in feindliche Gewalt gerathen sei. Die Stelle sagt von Wissen und Nichtwissen der Parteien gar nichts, und hat auch dann durchaus guten Sinn, wenn man annimmt, daß der Vertrag von beiden Seiten in vollkommener Kenntniß der Verhältnisse abgeschlossen worden sei, in der Erwartung oder für den Fall der Rückkehr des Sclaven. Jedenfalls ist die früher von mir vertretene Auslegung der Stelle viel zu unsicher, als daß dieselbe dem hier fraglichen Satz zur ausreichenden Stütze dienen könnte.

[4] Stellen bei §. 264 Note 2. — Eine einzelne hieher gehörige Frage ist folgende. Nichtig ist der Vertrag über eine nicht existirende Sache (l. 15 pr. l. 57 pr. §. 1 D. de contr. emt. 18. 1), nichtig der Vertrag über eine nicht existirende Erbschaft (l. 1. 7 D. de her. vend. 18. 4), — nicht nichtig der Vertrag über eine nicht existirende Forderung (l. 4. 5 eod., l. 74 §. 3 D. de evict. 21. 2; a. M. Schliemann Haftung des Cedenten S. 64). Wie erklärt sich das? Vgl. über die verschiedenen Ansichten Mommsen Unmöglichkeit S. 134, Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 118, Brinz krit. Ueberschau V S. 297—299, Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 69—71, E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. §. 300 Note 5. Vgl. auch §. 397 Note 1.

[5] Eine Ausnahme macht das römische Recht für den Fall, wo Jemand einen freien Menschen irriger Weise als Sclaven gekauft hat. L. 70 D. de contr. emt. 18. 1 l. 34 §. 2 eod., l. 4 D. quib. ad lib. 40. 13, l. 39 §. 3

Verſprechende ſie gekannt hat[6]. Wohl aber iſt der Verſprechende, mag er die Unmöglichkeit gekannt haben oder nicht, wenn der Empfänger des Verſprechens ſie nicht kannte und nicht zu kennen brauchte, demſelben zum Erſatz des Nachtheils verbunden, welcher ihm daraus erwachſen iſt, daß er ſich auf das Zuſtandekommen eines gültigen Vertrags verlaſſen hat[7]. — Iſt die Un-

---

D. de evict. 21. 2. Einige unter den römiſchen Juriſten gingen weiter und erklärten den Kauf einer jeden dem Verkehr entzogenen Sache bei Unwiſſenheit des Käufers für gültig, l. 4—6 pr. D. de contr. emt. 18. 1, §. 5 I. de emt. 3. 23. Die entgegengeſetzte Anſicht iſt vertreten in l. 22—24 l. 34 §. 1 l. 62 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1. Bei dem Widerſtreite dieſer Quellenausſprüche wird man annehmen müſſen, daß ſie ſich gegenſeitig aufheben, und daß ſomit für die Gültigkeit des Kaufes in dieſer Ausdehnung kein Zeugniß vorhanden iſt. So im Reſultate auch Mommſen Unmöglichkeit §. 13, Windſcheid Heid. krit. Zeitſchr. II S. 115—117. Andere halten umgekehrt an der Gültigkeit des Kaufvertrages feſt; ſ. die bei Mommſen §. 13 Note 1 Genannten und Brinz krit. Ueberſchau V S. 295—296. 300—301 (welcher gar keinen Widerſpruch in den Quellen zugeſtehen will), Römer Leiſtung an Zahlungsſtatt S. 86 fg. — Noch weiter geht Savigny Obl. II §. 81. Derſelbe behauptet Gültigkeit des Kaufvertrages und anderer gleichartiger Geſchäfte bei jeder dem Käufer unbekannten Unmöglichkeit. Dieſe Behauptung ſteht in offenbarem Widerſpruch mit l. 15 pr. l. 57 pr. §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 7 D. de her. vel. act. vend. 18. 4. — Umgekehrt glaubt Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 63 fg., daß in den Quellen auch der Kauf eines freien Menſchen bei Unwiſſenheit des Käufers nicht als gültig anerkannt werde, indem er die betreffenden Stellen auf das ſ. g. negative Vertragsintereſſe (Note 7) bezieht.

[6] L. 57 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1.

[7] Das ſ. g. negative Vertragsintereſſe (§. 307 Note 5), z. B. der Käufer hat ſich durch den Kauf beſtimmen laſſen, von einem andern Kaufe abzuſtehen, von welchem er Vortheil gehabt haben würde. Der Unterſchied dieſes Intereſſes von dem Erfüllungsintereſſe, d. h. Demjenigen, was der Gläubiger gehabt haben würde, wenn ihm die verſprochene Leiſtung gemacht worden wäre, liegt auf der Hand. — Der Satz, welcher im Texte aufgeſtellt worden iſt, wird von der herrſchenden Meinung nicht anerkannt. Die herrſchende Meinung gewährt dem Gläubiger einen Entſchädigungsanſpruch nur bei Argliſt (und grober Nachläſſigkeit) des Verſprechenden (ſo auch Mommſen a. a. O. S. 109, Brinz a. a. O. S. 291. 299, Ude a. a. O. S. 258 fg.), und ich ſelbſt habe mich früher in dieſem Sinne ausgeſprochen. Die herrſchende Meinung iſt bekämpft worden von Ihering Jahrb. f. Dogm. IV. 1 (1861); demſelben folgt in Allem Vangerow in der neueſten Auflage I Anm. zu §. 109. Auch ich halte jetzt an der herrſchenden Anſicht nicht mehr feſt. Ich glaube nicht, daß es möglich iſt, ſie gegenüber l. 8 §. 1 D. de rel. 11. 7, l. 8 D. de her. vel act. vend.

möglichkeit nur eine theilweiſe, ſo iſt auch der Vertrag nur theilweiſe ungültig[8]; es müßte denn der Vertragswille auf den jetzt noch möglichen Theil der Leiſtung gar nicht gerichtet geweſen ſein[9]. Iſt das Letztere der Fall, ſo haftet der Verſprechende gar nicht; im erſten Fall dagegen haftet er, wenn er die Unmöglichkeit gekannt hat, nicht bloß auf den möglichen Theil der Leiſtung, ſondern auch auf das volle Erfüllungsintereſſe im Betreff des unmöglichen[10]. Hinterheriger Wegfall der Unmöglichkeit macht den Vertrag nur dann gültig, wenn dieſer Wegfall in der Natur der Unmöglichkeit begründet, nicht, wenn er zufällig iſt[11].

---

18. 4 aufrecht zu halten. Die Annahme, daß in dieſen Stellen Argliſt des Verſprechenden vorausgeſetzt werde, iſt durchaus willkürlich; auch die l. 21 pr. D. de A. E. V. 19. 1 macht die Annahme von Argliſt nicht nöthig. Wenn ich aber in der Sache ſelbſt mit Jhering einverſtanden bin, ſo doch nicht in der Conſtruction des aufgeſtellten Satzes. Jhering gründet denſelben auf die Verſchuldung des Contrahenten. Nach dieſer Conſtruction müßte man denſelben alſo freilaſſen, wenn ihm aus ſeiner Nichtkenntniß der Unmöglichkeit ein Vorwurf nicht gemacht werden kann; davon aber enthalten die Quellen nichts. Auch will Jhering dieß nicht; denn, ſagt er, ſchon darin liegt eine Verſchuldung, daß Jemand contrahirt, ohne ſeiner Sache völlig gewiß zu ſein (S. 36). Aber das heißt doch nichts Anderes, als: man iſt in Verſchuldung, wenn man verſprochen hat in der Annahme einer Möglichkeit, wo eine Unmöglichkeit vorliegt. Es wird hier Verſchuldung genannt, was möglicherweiſe ganz unverſchuldet ſein kann. (Die hauptſächlichen hier in Betracht kommenden Stellen aus Jhering's Aufſatz ſind: S. 26. 29. 34. 40. 41. 42. 43. 52. 60—62). Die Conſtruction, welche ich für die richtige halte, iſt bei §. 307 Note 5 angegeben.

[8] Mommſen a. a. O. §. 17—19 und dazu Windſcheid a. a. O. S. 119—126; auch Mommſen S. 411—413.

[9] Hat derjenige, welcher ein Haus verſprochen hat, auch die Brandſtätte verſprechen wollen, welche zur Zeit des Verſprechens allein noch vorhanden war? L. 1 §. 9 D. de O. et A. 44. 7, l. 57 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1.

[10] L. 57 §. 1 cit. — Eine nicht hierher gehörige, obgleich verwandte Frage iſt es, inwiefern bei Verträgen auf Leiſtung gegen Gegenleiſtung, wenn bei Eingehung des Vertrages die Leiſtung theilweiſe unmöglich iſt, gegen den noch möglichen Theil derſelben ein entſprechender Theil der Gegenleiſtung verlangt werden kann. S. darüber §. 321 Note 21.

[11] §. 2 I. de inut. stip. 3. 19, l. 83 §. 5 D. de V. O. 45. 1. Vgl. l. 35 §. 1 eod. Mommſen a. a. O. §. 16, Cohnfeldt Lehre vom Intereſſe S. 123 fg.

Vertrag zu Gunsten eines Dritten*.

§. 316.

Kann ein Vertrag eine Leistung an einen Dritten zum Gegenstand haben? Diese Frage hat einen doppelten Sinn. 1) Entsteht aus einem solchen Vertrage ein Forderungsrecht für denjenigen, welcher sich das Versprechen geben läßt? 2) Entsteht aus demselben ein Forderungsrecht für den Dritten?

1. Ein Forderungsrecht für denjenigen, welcher sich das Versprechen geben läßt, entsteht aus einem Vertrage deßwegen nicht weniger, weil das Versprechen darauf gerichtet ist, daß der Versprechende eine Leistung an einen Dritten machen wolle. Wer sich eine Leistung an einen Dritten versprechen läßt, läßt sich in der That eine Leistung zu seinen eigenen Gunsten versprechen; sein Interesse geht eben darauf, daß nicht ihm, sondern dem Dritten geleistet werde; in der Person des Dritten wird ihm selbst geleistet[1]. Von welcher Art das Interesse ist, welches er daran hat, daß dem Dritten geleistet werde, ist nach heutigem Recht gleichgültig; namentlich ist es nicht erforderlich, daß dieses Interesse eigennütziger Art sei, es kann seinen Grund auch in reinem Wohlwollen gegen den Dritten haben[2]. Hat aber derjenige, welchem das Versprechen gegeben wird, gar kein irgendwelches Interesse an der dem Dritten zu machenden Leistung, so ist auch nicht anzunehmen, daß er ein Forderungsrecht auf dieselbe habe

---

* Beseler Lehre von den Erbverträgen II. 1 S. 71—83 (1837). deutsch. Privatr. §. 120 Nr. III (1853. 1866). Strippelmann Entscheidungen des OAG. zu Cassel V S. 1 fg. (1848). Busch Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter (1860). Bähr Jahrb. f. Dogm. VI. 3 (1862). Zaun Arch. f. pract. RW. N. F. I S. 42 fg. (1864).

[1] Beispiele: l. 38 §. 20—23 D. de V. O. 45. 1 (§. 20 I. de inut. stip. 3. 19). §. 316.

[2] S. §. 251 Note 3 und im Besonderen die daselbst citirten Aufsätze von Heyer. Ueber das römische Recht s. die daselbst genannten Stellen, namentlich l. 38 §. 17 D. de V. O. 45. 1 (§. 19 I. de inut. stip. 3. 19): — „ceterum, ut alii detur, nihil interest mea". Aber vgl. auch l. 13 pr. D. de pign. act. 13. 7 (Dernburg Pfandrecht II S. 234) in Verbindung mit den Stellen in §. 258 Note 19.

erwerben wollen; es liegt dann nicht sowohl ein Vertrag vor, als eine juristisch gleichgültige Beredung[3].

2. Für den Dritten, welchem nach Inhalt eines Vertrages geleistet werden soll, läßt das römische Recht ein Forderungsrecht dem Principe nach nicht[4], sondern nur in einer Reihe ausgenommener Fälle entstehen. Diese Fälle sind folgende:

a) wenn bei einer Schenkung dem Beschenkten eine Herausgabe an einen Dritten auferlegt wird[5];

---

[3] Z. B. Jemand redet einem Freunde zu, er möge doch seine Schulden bezahlen, und dieser erklärt endlich: Gut, ich verspreche dir, morgen Alles zu bezahlen, was ich schuldig bin (Bähr S. 33). Hier hat sich weder der Versprechende verbindlich machen wollen, noch hat der Empfänger des Versprechens Gläubiger werden wollen. — Drückt man das im Texte Gesagte so aus: der Vertrag zu Gunsten eines Dritten sei ungültig, wenn der Empfänger des Versprechens an der dem Dritten zu machenden Leistung kein Interesse habe, so erweckt man die Vorstellung, als müsse da, wo der Gläubiger- und Schuldnerwille feststeht, noch erst ein besonderes Interesse des Gläubigers nachgewiesen werden, und diese Vorstellung ist sehr unrichtig. S. §. 314 Note 8. Wenn ich nicht irre, ist es derselbe Gedanke, welchen Bähr a. a. O. S. 136 fg. so ausdrückt: der Empfänger des Versprechens erwerbe ein Forderungsrecht dann, wenn „die Causalbeziehung des Versprechens (das warum? aus welchem versprochen wird) in dem Verhältniß des Promittenten zum Promissar (nicht zu dem Dritten) gelegen [sei]". Es scheint mir nicht, daß durch diese Formulirung das Verständniß gefördert wird. Vgl. auch Beseler Erbvertr. S. 75. deutsch. Privatr. S. 486, Busch S. 41.

[4] L. 11 D. de O. et A. 44. 7. „Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt, et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus". L. 1 C. per quas pers. 4. 27 (I §. 73 Note 4). L. 126 §. 2. D. de V. O. 45. 1, l. 73 §. 4 D. de R. I. 50. 17, l. 19 l. 26 C. de I. D. 5. 12. L. 26 cit. „Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi extraneo constituto stipulatus est, nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente iure quaerere potuit actionem".

[5] L. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55. Die Vorschrift ist von Diocletian und Maximian, aus dem Jahre 290, beruft sich jedoch auf Entscheidungen früherer Kaiser. Uebrigens wird diese Stelle sehr verschieden aufgefaßt. a) Es wird behauptet, daß sie dem Dritten nicht sowohl ein Forderungsrecht auf Erfüllung der Auflage, als vielmehr ein Forderungsrecht auf Rückgabe der Schenkung wegen Nichterfüllung der Auflage gebe. So Erxleben cond. sine causa II S. 300—310; Andere gewähren die Rückforderung wenigstens neben der Forderung auf Erfüllung, Meyerfeld Lehre von den

b) wenn bei der Bestellung einer Dos für die Frau dem Empfänger die Herausgabe der Dos an die Frau oder deren Descendenten auferlegt wird[6];

c) wenn die Sache eines Dritten hinterlegt oder geliehen wird, mit der Auflage, sie nicht dem Hingebenden, sondern dem Dritten herauszugeben[7];

d) wenn Jemandem etwas mit dem Auftrage übergeben wird, es einem Dritten zu überbringen[7a];

e) wenn Jemand sich etwas für seine Erben[8], oder einen seiner Erben[9], versprechen läßt;

Schenkungen I S. 422. Dagegen Savigny Syst. IV S. 284—286, Windscheid Voraussetzung S. 174, Buchka Stellvertretung S. 114, Schmid Grundlehren der Cession I S. 449—453. b) Es wird behauptet, daß der Dritte kein selbständiges Forderungsrecht auf Erfüllung habe, sondern ein von dem Schenkenden (durch fingirte Cession) abgeleitetes. So Mühlenbruch Cession S. 97 fg., Meyerfeld a. a. O., und namentlich Schmid a. a. O. Dagegen Savigny, Buchka, Windscheid a. a. OO., s. Letzteren auch in der Schrift über die Actio ꝛc. S. 129. Diese Frage wiederholt sich für die im Folgenden genannten Fälle. — S. auch unten Note 15a—16.

[6] L. 45 D. sol. matr. 24. 3, l. 7 C. de pact. conv. 5. 14. Die letztere Stelle ist von Diocletian und Maximian, aus dem Jahre 294. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß die Pandektenstelle interpolirt sei. Die beiden Schlußsätze „sed dicendum est“ und „sed permittendum est“ scheinen kaum von dem gleichen Verfasser herrühren zu können. S. übrigens auch l. 43 §. 1 l. 59 §. 2 D. de I. D. 23. 2. Vgl. auch Schmid a. a. O. S. 453—460.

[7] L. 8 C. ad exh. 3. 42. Die Stelle ist von Diocletian und Maximian, aus dem Jahre 293. S. auch l. 19 C. de usuris 4. 32. Vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 116—120, Schmid a. a. O. I S. 439—445, Dernburg Pfandrecht I S. 155—157.

[7a] Dieser Fall ist bereits in der classischen Jurisprudenz anerkannt unter Verwerthung des Gesichtspunkts der negotiorum gestio. L. 6 §. 2 D. de neg. gest. 3. 5. „Si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit, quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit“. Vgl. §. 431 Note 7.

[8] Nach der Vorschrift Justinians in der l. un. C. ut act. ab her. 4. 11, während im früheren Recht der Grundsatz galt: ab heredis persona obligationem (actionem) incipere non posse, l. un. cit. und Gai. III. 100. 117. 158. Scheurl Beiträge I Nr. 3 hat die Ansicht aufgestellt, daß die l. un. cit. die bezeichnete Vorschrift nicht enthalte, daß vielmehr Justinian in derselben nur die Vorschrift der l. 11 C. de contr. stip. 8. 38, wornach es erlaubt sein soll, sich etwas für die Zeit nach seinem Tode versprechen zu lassen, habe wiederholen und gegen Anfechtung sichern wollen. Die Sache ist nicht unzweifelhaft

f) wenn der Vertreter einer juristischen Person oder ein Vormund sich etwas für den Vertretenen versprechen läßt[10];

g) wenn der verkaufende Pfandgläubiger zu Gunsten des Eigenthümers Wiederauflösung des Kaufvertrags für den Fall der Rückgabe des Kaufgeldes bedingt[11].

Außerdem wurde das römische Princip für gewisse Fälle durch ein anderes Princip unanwendbar gemacht, das Princip nämlich, daß der Gewaltunterworfene Erwerbsorgan des Gewalthabers sei[12].

(vgl. auch §. 13 I. de inut. stip. 3. 19); doch scheint mir die Bestimmtheit der Verfügung in l. un. cit. gegen die Scheurl'sche Ansicht zu sprechen. Jedenfalls konnte man sich bereits nach klassischem Recht für sich und seine Erben selbst dann mit Wirksamkeit versprechen lassen, wenn das Forderungsrecht nicht vererblich war, in welchem Falle doch in der That eine Obligation für die Erben begründet wurde, — l. 38 §. 12. 14 l. 137 §. 8 D. de V. O. 45. 1 (vgl. l. 13 C. de contr. stip. 8. 38), l. 33 D. de pact. 2. 14 (pactum de non petendo in personam).

[9] Die Beschränkung auf einen der Erben war bereits nach klassischem römischen Recht in dem Falle, wo nach demselben überhaupt eine Obligation für den Erben begründet werden konnte (Note 8) zuläßig, l. 33 D. de pact. 2. 14, l. 137 §. 8 D. de V. O. 45. 1 (vgl. l. 56 §. 1 eod.). Nach Scheurl's Ansicht (Note 8), nach welcher auch nach Justinianischem Recht der Vertrag immer auf die Person des Erblassers mit gestellt werden muß, ist eine Beschränkung auf einen der Erben nur bei Unvererblichkeit der Forderung zuläßig. — Vgl. über das in dieser und der vorigen Note Gesagte noch Buchka Stellvertret. §. 8, Dernburg Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 3—5, Vangerow III S. 311. 312.

[10] L. 5 §. 9 D. de pec. const. 13. 5. L. 28 §. 1 D. de pact. 2. 14 gehört nicht hierher. Dem Mündel wird hier nicht das Recht gegeben, sich auf den Vertrag des Vormundes, sondern das Recht, sich auf die einseitige Willenserklärung des Gläubigers zu berufen (er bekommt exceptionem doli, nicht pacti). Vgl. l. 10 §. 2 l. 15 l. 25 §. 2 eod.

[11] L. 13 pr. D. de pign. act. 13. 7, vgl. l. 7 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5. Die Ausnahme ist weniger weitgehend, als die bisher genannten. Denn jedenfalls kann der Dritte nach dem Rechte der auflösenden Bedingung als Eigenthümer auftreten („debitor . . . vindicare rem poterit"). Warum sollte ihm da nicht erlaubt werden, sich auf den Vertrag zwischen Verkäufer und Käufer zu berufen („aut in factum actione adversus emtorem agere")? Vgl. noch Schmid Grundlehren der Cession I S. 460 fg.

[12] Daher konnte sowohl der Gewaltunterworfene sich für den Gewalthaber, als der Gewalthaber sich für den Gewaltunterworfenen gültig versprechen lassen; im ersten Falle machte der Stipulant den Gewalthaber, im zweiten

In Deutschland haben aber Doctrin und Praxis von jeher weiter gedrängt[13]. Es ist dieß eine Thatsache, welche nicht ignorirt werden darf, in welcher vielmehr der Zug eines modernen Rechtsbewußtseins erkannt werden muß. In welcher Weise aber demselben Befriedigung verschafft werden soll, ist eine schwierige

---

Falle durch die Person des Gewaltunterworfenen sich selbst zum Gläubiger; §. 4 I. de inut. stip. 3. 19, l. 38 §. 17 l. 39 l. 45 pr. l. 56 §. 3 l. 130 D. de V. O. 45. 1, l. 2 C. de contr. stip. 8. 38. Der Gewalthaber konnte sich aber für den Gewaltunterworfenen auch nur Dasjenige gültig versprechen lassen, was er durch denselben wirklich erwarb, l. 130 cit. Doch ging man so weit, die Stipulation: post mortem meam filiae dari für gültig zu erklären, l. 45 §. 2 D. de V. O. 45. 1, l. 9 l. 23 D. de pact. dot. 23. 4. — Das römische Recht gilt auch heutzutage noch für den Erwerb ex re patris. Vgl. §. 516 Nr. 3.

[13] S. die Nachweisungen bei Buchka Stellvertretung S. 158 fg., und vgl. auch Delbrück die Uebernahme fremder Schulden S. 81—107. In der neueren Zeit ist in der Doctrin eine entschiedene Reaction zu Gunsten des reinen römischen Rechts eingetreten; s. namentlich Buchka a. a. O. S. 187—202, Savigny Obl. II §. 59 und die Lehrbücher von Puchta §. 256. 273. b, Arndts §. 246, Keller S. 461—462, Sintenis §. 102 Anm. 3 und 4. Dagegen zeigt die Praxis noch immer eine ebenso entschiedene Neigung, dem Dritten aus den zu seinen Gunsten abgeschlossenen Verträgen ein Forderungsrecht auch in den vom römischen Recht nicht anerkannten Fällen zuzugestehen. In diesem Sinne haben sich ausgesprochen die Oberappellationsgerichte zu Cassel (Seuff. Arch. III. 31. 32. 34 und in dem Anhang der bei * citirten Schrift von Busch die Nummern 1—4. 6—7. 9—10. 12—15), Dresden (Seuff. Arch. III. 312, VI. 21, XVI. 38, Busch Nr. 16—21), Darmstadt (Seuff. Arch. VIII. 29, X. 152, Busch Nr. 37—39), Rostock (Seuff. Arch. XIX. 33, XX. 220), das OAG. und der Cassationshof zu Wolfenbüttel (Seuff. Arch. XI. 133, XII. 142, XIV. 131, XVI. 182, Busch Nr. 40. 41. 43), und das Spruchcollegium zu Leipzig (Busch Nr. 22). Für einzelne Fälle gehen über das römische Recht hinaus das OAG. zu Wiesbaden (Seuff. Arch. X. 33) und das OAG. zu Celle (Seuff. Arch. V. 299, XVIII. 128), welches letztere Gericht im Uebrigen principiell an dem römischen Rechte festhält; s. auch das. XIV. 3. Für principielles Festhalten am römischen Recht haben sich ferner ausgesprochen die Oberappellationsgerichte zu Kiel (Seuff. Arch. IX. 18, Busch Nr. 44), Lübeck (Seuff. Arch. XI. 83, Busch Nr. 35), und namentlich das OAG. zu Jena (Seuff. Arch. VII. 22. 23, Busch Nr. 23. 24. 26), jedoch ist dieses letztere Gericht sich nicht constant geblieben (Seuff. Arch. II. 213, VIII. 30, Busch Nr. 25. 27. 30). Zweifelnd spricht sich aus das Urtheil des OT. zu Stuttgart bei Seuff. Arch. XV. 214. Vgl. auch das. XIX. 135.

und bestrittene Frage. Das Richtige scheint, in folgender Weise zu unterscheiden[14].

a) Vermögenszuwendungen mit der Auflage einer Herausgabe zu Gunsten eines Dritten geben diesem Dritten ein Forderungsrecht[15]. Dieses Forderungsrecht hat seinen Grund in der Auflage, dem Befehl des Zuwendenden; der Wille desselben erzeugt eine Rechtswirkung in der gleichen Weise, wie der Wille des Erblassers in der Errichtung eines Vermächtnisses[15a]. Deßwegen wird das Forderungsrecht dem Dritten erworben ohne sein Zuthun[15b], und kann ihm ohne sein Zuthun nicht mehr

---

[14] Diese Unterscheidung wird gewöhnlich nicht gemacht. Schlimmer ist, wenn man den Vertrag zu Gunsten eines Dritten mit dem im Namen eines Dritten abgeschlossenen Vertrag zusammenwirft. Dieß ist namentlich in früherer Zeit vielfach geschehen (s. die Nachweisungen bei Buchka a. a. O.), und kommt auch heutzutage noch vor. Und doch ist der Unterschied ein auf der Hand liegender. Wer einen Vertrag im Namen eines Andern abschließt, will, daß der Andere als Vertragschließender rechtlich in Betracht kommen soll; wer einen Vertrag zu Gunsten eines Andern abschließt, will selbst als Vertragschließender rechtlich in Betracht kommen, aber sein Vertrag soll eine rechtliche Wirkung für den Andern erzeugen.

[15] Ich nehme hier eine gewohnheitsrechtliche Ausdehnung der Vorschrift der l. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55 an (s. übrigens auch Windscheid Voraussetzung S. 174). Aus dem modernen Rechtsleben kommen hier namentlich in Betracht die bäuerlichen Gutsübergaben mit Ausmachung einer Abfindung für die Geschwister, und die Erbverträge mit Auflagen zu Gunsten Dritter. Für den ersten Fall hat auch das OAG. zu Jena ein Forderungsrecht des Dritten anerkannt (Seuff. Arch. II. 213, Busch Nr. 27, anders freilich das. Nr. 26); s. außerdem die Plenarbeschlüsse des Geh. Obertribunals zu Berlin vom 22. Juni und 25. August 1846 (Seuff. Arch. I. 78, III. 90, Busch Nr. 32). Für den zweiten Fall wird dem Dritten ein Forderungsrecht selbst von Solchen zugestanden, welche sonst an dem römischen Recht festhalten, so von Buchka a. a. O. S. 194 fg., dem OAG. zu Lübeck (Seuff. Arch. VII. 68), und dem zu Celle (das. V. 299). Mühlenbruch Forts. v. Glück XXXVIII S. 68 fg. will dem Dritten aus dem Erbvertrage nur dann ein Forderungsrecht auf Grund der l. 3 C. cit. geben, wenn der Erbvertrag eine reine Schenkung an den Vertragserben enthalte, und nicht demselben Auflagen zu Gunsten des künftigen Erblassers mache.

[15a] Savigny System IV S. 286.

[15b] Daß der Dritte ein Forderungsrecht nicht erst durch seinen Beitritt erwirbt, geht daraus hervor, daß die l. 3 C. cit. dem Erben des Dritten ein Klagerecht zuspricht. (A. M. in dieser letzteren Beziehung Erxleben

genommen werden[16], — es wäre denn, daß die ihm gemachte Zuwendung eine Zuwendung auf Todesfall ist.

b) Wenn dieser Gesichtspunkt nicht maßgebend ist, so ist zuzusehen, ob nicht die Willenserklärung des Versprechenden in der Weise aufgefaßt werden kann, daß in ihr enthalten ist nicht bloß die Erklärung des Willens, Schuldner des Empfängers des Versprechens, sondern auch die Erklärung des Willens, Schuldner des Dritten werden zu wollen[17]. In diesem letzteren Falle kommt durch die nachträgliche Acceptation des Dritten[18] zwischen dem Dritten und dem Versprechenden ein Vertrag zu Stande, welcher jenen zum Gläubiger und diesen zum Schuldner macht[19]. Vor

---

[Note 5], in der Unterstellung, daß das von der Stelle gewährte Forderungsrecht die condictio ob causam datorum sei.)

[16] A. M. Buchka Stellvertretung S. 114, mit Berufung auf das Vermächtnißrecht. Aber die Analogie des Vermächtnisses wird ja hier nur deßwegen angezogen, um die Wirksamkeit einer einseitigen Willenserklärung zu erläutern; es wird nicht gesagt, daß die Willenserklärung, um die es sich hier handelt, Vermächtniß sei. Das sagt auch Savigny (Note 15a) nicht. A. M. auch Sintenis I §. 21 Anm. 36; vgl. noch Erxleben (Note 5) S. 308 fg.

[17] Jedenfalls in dieser Weise, wenn nicht in anderer (§. 338), läßt sich der Fall der Schuldübernahme construiren; nur ist auch nöthig, daß der neue Contrahent erkläre, er trete in die Schuld ein, nicht bloß verspreche, den Schuldner gegen das Andrängen des Gläubigers schützen zu wollen. Man denke ferner an den Fall, wo Jemand einen Dritten in eine Lebensversicherungsgesellschaft, Sparcasse rc. einkauft. Die Gesellschaft erklärt sich als Schuldnerin nicht bloß dem Einkaufenden, sondern auch dem Dritten gegenüber.

[18] Wie dieselbe erfolgt, ist gleichgültig; sie liegt auch in der Erhebung der Klage.

[19] Es bieten sich drei Wege theoretischer Construction dar, um dem Zuge der modernen Doctrin und Praxis, welcher auf Anerkennung eines Forderungsrechtes des Dritten über die vom römischen Recht gezogenen Grenzen hinaus drängt, Befriedigung zu verschaffen. 1. Man läßt das Forderungsrecht des Dritten entstehen auf Befehl des Promissars, nach Analogie der Vermächtnisse. Dieser Gesichtspunkt ist so eben für gewisse Fälle geltend gemacht worden. 2. Man sieht das Forderungsrecht des Dritten als eine Erstreckung des Forderungsrechtes des Promissars an, und führt dasselbe auf eine stillschweigende oder eine gesetzliche Cession zurück. Dieß ist die herrschende Meinung. Zaun a. a. O. hält sie bereits nach römischem Recht für begründet; Bähr a. a. O. hat ihr neuerlich die Modification gegeben, daß der Dritte nicht als Cessionar, sondern als bloßer Mandatar anzusehen sei. Dieser Auffassung steht entgegen, daß häufig der Promissar nicht die Absicht haben wird, den Dritten zum Gläubiger zu machen. So will namentlich bei der Schuldübernahme der alte

der Acceptation kann der Dritte nicht bloß dadurch, daß die Parteien den Vertrag wieder aufheben, sondern auch durch einseitigen Rücktritt des Versprechenden ausgeschlossen werden[20]. Ob derjenige, welcher das Versprechen entgegengenommen hat, die Absicht hat, eine Liberalität gegen den Dritten zu üben oder nicht, ist gleichgültig[21].

c) Trifft auch dieser Gesichtspunkt nicht zu, so ist ein Forderungsrecht zu Gunsten des Dritten, abgesehen von den oben unter a—g genannten Fällen, nicht anzuerkennen.

Vertrag zu Lasten eines Dritten.

§. 317.

Wenn Jemand die Handlung eines Dritten verspricht, so verpflichtet er dadurch den Dritten nicht, bloß mit Ausnahme des Falles, wo er die Handlung seines Erben oder Eines seiner Erben verspricht[1]. Weiter ist in dieser Beziehung auch das heutige Recht nicht gegangen[2]. Dagegen verpflichtet der Versprechende sich selbst,

---

Schuldner nur sich sichern, nicht dem Gläubiger ein neues Forderungsrecht zuwenden. 3) Die dritte mögliche Construction ist die hier vertretene. Sie postulirt als Satz des heutigen Rechts, daß der Schuldnerwille nicht dem Gläubiger gegenüber erklärt zu werden braucht, und beruft sich zum Beweise dieses Satzes auf die Auslobung (§. 309). So auch, mit Berufung auf das ältere deutsche Recht, Platner Arch. f. civ. Pr. L S. 220 fg.

[20] Die herrschende Meinung nimmt an, daß vor dem Beitritt, der Acceptation, des Dritten das Forderungsrecht desselben zwar nicht durch einseitigen Rücktritt eines der Contrahenten, wohl aber durch übereinstimmende Willenserklärung derselben, nicht auch ihrer Erben, ausgeschlossen werden könne. Die hier vertretene Ansicht erklärt zwar auch den einseitigen Rücktritt des Promissars, nicht aber den des Promittenten, für gleichgültig. Nach der Ansicht von Bähr erhält der Dritte auch durch seinen Beitritt kein unwiderrufliches Forderungsrecht; auch nach seinem Beitritte soll ihm das Forderungsrecht zu jeder Zeit genommen werden können, und zwar sowohl durch die einseitige Erklärung des Promissars, als die des Promittenten, durch die erstere nur dann nicht, wenn auch der Promittent ein selbständiges Interesse dabei habe, an den Dritten zu leisten.

[21] Busch a. a. O. nimmt ein das Forderungsrecht des Dritten anerkennendes Gewohnheitsrecht nur für den ersten Fall an.

§. 317. [1] L. un. C. ut act. ab her. 4. 11. Vgl. l. 56 §. 1 D. de V. O. 45. 1 und §. 316 Note 8. 9.

[2] Der Vertrag kann nur dadurch aufrecht erhalten werden, daß durch

wenn die Absicht des Vertrages hierauf geht, sei es, daß er verpflichtet werden will, nach seinen Kräften dafür zu sorgen, daß der Dritte in der bezeichneten Weise handele, oder auch darauf, daß er unter allen Umständen für das Handeln des Dritten einstehe[3].

Grund des Vertrages*.

§. 318.

In verschiedenen Wendungen wird gelehrt, daß zur Gültigkeit oder zur vollständigen Wirksamkeit des Vertrages das bloße acceptirte Versprechen nicht genüge, daß dazu auch ein Verpflichtungsgrund (eine causa) erforderlich sei. Hierüber bemerke man Folgendes.

Auslegung nachgewiesen wird, der eigentliche Sinn des Versprechenden sei gewesen, im Namen des Dritten zu versprechen.

[3] §. 3. 21 I. de inut. stip. 3. 19, l. 14 §. 2 D. de pec. const. 13. 5, l. 38 §. 1. 2. 13. 24 D. de V. O. 45. 1, l. 83 pr. l. 112 §. 1 eod., l. 65 D. de fidei. 46. 1, l. 13 pr. l. 18. 19 D. ratam rem 46. 8. Seuff. Arch. XVIII. 31.

* Vgl. zu dem Folgenden: Liebe die Stipulation und das einfache Versprechen S. 1—3. 66 fg. (1840). Schmid Rec. der vorstehenden Schrift, krit. Jahrbücher Bd. 10 S. 880—904 (1841). Liebe Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV S. 197 fg. (1841). Delbrück Zeitschr. f. volksthümliches Recht von Eberty I S. 128 fg. 186 fg. (1844). Gneist die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts S. 113 fg. (1845). Windscheid die Lehre von der Voraussetzung S. 198. 199 (1850). Savigny Obl. II §. 78 (1853). Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 11 fg. 152 fg. (1855 — 2. Aufl. [1867] S. 11 fg. 166 fg.). Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII. 3 (1856). Arndts krit. Ueberschau IV S. 220—223. 236—239 (1857). Unger rechtliche Natur der Inhaberpapiere S. 64—70 (1857). Bähr Jahrb. f. Dogm. II S. 293—306. 367—394 (1858). Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 1 fg. (1858, vgl. darüber krit. VJSchr. I S. 105 fg.). Gneist Comm. de causae probatione stipulatoris (1858). H. Witte Bereicherungsklagen §. 32 (1859). Girtanner die Stipulation (1859, vgl. darüber den Bericht krit. VJSchr. I S. 427 fg.). Kuntze Wechselrecht S. 42—44. 276—285 (1862). Voigt die condictiones ob causam §. 32. 61 (1862). v. Salpius Novation und Delegation S. 504 fg. (1864). Ihering Geist des röm. Rechts III S. 199—209 (1865). Koch Zeitschr. f. Handelsr. X S. 446 fg. (1866). Bekker krit. VJSchr. IX S. 260—284. — Eine sehr dankenswerthe Uebersicht über die Literatur gibt H. Witte krit. VJSchr. VI S. 330—398. — Puchta §. 257 und Vorl. dazu, Rudorff zu Puchta §. 257. g. h, Arndts §. 233, Sintenis II S. 257—261 (vgl. auch S. 241. 242), Brinz S. 424. §. 318.

1. Verſteht man unter Verpflichtungsgrund den Grund, welcher den Verſprechenden zur Abgabe des Verſprechens beſtimmt, ſo iſt zu ſagen, daß es einen Vertrag ohne Verpflichtungsgrund nicht gibt. So wenig wie irgend eine menſchliche Handlung ohne Beſtimmungsgrund vorgenommen wird[1], ſo wenig wird ein Verſprechen ohne Beſtimmungsgrund abgegeben.

2. Das Verſprechen kann ſich ſeinem Beſtimmungsgrunde gegenüber in doppelter Weiſe verhalten. Möglicherweiſe kann es denſelben als integrirenden Beſtandtheil in ſich aufnehmen; möglicherweiſe kann es ſich aber auch von ſeinem Beſtimmungsgrund loslöſen, und ſich demſelben gegenüber ſelbſtändig hinſtellen[2]. Wenn behauptet wird, daß das Verſprechen in Loslöſung von ſeinem Beſtimmungsgrunde eine Verbindlichkeit zu erzeugen nicht, oder doch nur in Ausnahmefällen, im Stande ſei, ſo iſt dieſe Behauptung zurückzuweiſen, mag man auf die Natur der Sache, oder auf die poſitiven Vorſchriften des gemeinen Rechts ſehen[3].

---

[1] Von dem Falle der Geiſtesſtörung wird hier natürlich abgeſehen. Vgl. Cic. de fato c. 11. „Communi — — consuetudine sermonis abutimur, cum ita dicimus, velle aliquem aut nolle sine causa, ita enim dicimus sine causa, ut dicamus, sine externa et antecedente causa, non sine aliqua".

[2] Der Darlehensempfänger verſpricht, weil er 100 als Darlehen empfangen hat; aber er verſpricht auch zurückzugeben die empfangenen 100. Ebenſo verſpricht der Käufer nicht eine Summe Geldes ſchlechthin, er verſpricht eine Summe Geldes für eine ihm zu überliefernde Sache. In gleicher Weiſe verſpricht der Mandatar nicht eine Thätigkeit beſtimmten Inhalts ſchlechthin, ſondern eine Thätigkeit, wie ſie erforderlich iſt, um dadurch dem ihm ertheilten Auftrage zu genügen. Dieſen Fällen ſtelle man den Fall entgegen, wo Jemand einen Schein ausſtellt des Inhalts: Ich verſpreche am 1. des künftigen Monats dem X. 100 zu geben. Ein Warum hat auch dieſes Verſprechen; aber das Warum iſt in das Verſprechen nicht aufgenommen.

[3] Man mag ſtreiten über den rechtsphiloſophiſchen Grund der verbindenden Kraft des Vertrages; aber wenn einmal das poſitive Recht dem Vertrage bindende Kraft wirklich zuſchreibt, ſo thut es das nur in Anerkennung des Willens der Parteien; der Wille aber, wenn er auch nicht entſteht ohne den Grund, welcher ihn hervorgerufen hat, beſteht doch ohne dieſen Grund. Es kann nun zwar ſehr wohl ſein, daß das poſitive Recht aus Gründen der Zweckmäßigkeit die Anerkennung der rechtserzeugenden Kraft des Willens in der Weiſe beſchränkt, daß es dem Willen als ſolchem rechtserzeugende Kraft nicht beilegt, ſondern nur dem Willen im Zuſammenhange mit ſeinem Warum; aber eine ſolche Beſchränkung verſteht ſich nicht von ſelbſt. Daß das römiſche

Ebensowenig kann der Satz als wahr anerkannt werden, daß, wenn das Versprechen seinen Bestimmungsgrund nicht wenigstens nenne, der Versprechende die Erfüllung des Versprechens ablehnen könne, bis der Gläubiger den Bestimmungsgrund nachgewiesen habe[4].

Recht eine Beschränkung der angegebenen Art nicht gekannt hat, beweist (abgesehen von dem später weggefallenen Literal-Contrakt) die Stipulation, deren Bedeutung ja eben darin liegt, daß sie ein von seinem Grunde losgelöster Vertrag ist (oder doch sein kann, vgl. v. Salpius Novation und Delegation S. 214 fg.). Weßwegen mit dem Wegfall der Form der Stipulation (die doch selbst für das römische Recht in der letzten Zeit kaum noch eine Form zu nennen war) für uns auch der Satz, dessen Träger die Stipulation war, weggefallen sein sollte, ist nicht abzusehen. Freilich ist bei uns erforderlich, wie es für die Römer erforderlich war, daß, wenn aus einem Versprechen ohne Angabe eines Grundes gefordert wird, darüber kein Zweifel obwalte, daß das Versprechen wirklich als ein von seinem Grunde abgelöstes, als Versprechen schlechthin, abgegeben worden sei, und wenn sich dieß aus dem Versprechen selbst nicht ergibt, so muß es im Bestreitungsfalle der Kläger beweisen. Aber daraus geht auch nur hervor, daß man ein Versprechen nicht zu etwas machen darf, was es nicht sein will, und daß, wer sich auf eine bestimmte Natur des Versprechens beruft, dieselbe darthun muß; es geht daraus nicht hervor, daß das Versprechen an sich nicht bindend sei. (Wird die Gesetzgebung nicht wohl thun, zur Erleichterung des Verkehrs an gewisse Formen die Präsumtion anzuknüpfen, daß das Versprechen als reiner Vertrag gemeint sei? So Bekker a. a. O).

[4] Man behauptet dieß auf Grund von l. 25 §. 4 D. de prob. 22. 3 und l. 13 C. de non num. pec. 4. 30. Aber wenn in Betreff der — man möchte sie fast berüchtigt nennen (vgl. §. 412[b] Note 2) — l. 25 §. 4 cit. irgend Etwas unbestritten sein sollte, so ist es das, daß sie von der condictio indebiti handelt. („Sed haec ubi de *solutione* indebiti quaestio est. Sin autem *cautio* indebite *exposita* esse dicatur . . .“.) Handelt sie aber von der condictio indebiti, so setzt sie auch Versprechen (Urkunden über Versprechen) voraus, von denen es feststeht, daß sie für eine als bestehend angenommene Verbindlichkeit gegeben worden sind. Diese sollen, wenn nicht der Versprechende selbst bei dem Versprechen das debitum bezeugt habe (oder in gewisser Weise bezeugt habe), zurückgefordert werden können (und also auch keine wirksame Forderung begründen), wenn der Gläubiger das debitum nicht nachweise. Ein Versprechen, von welchem es nicht feststeht, daß es für eine als bestehend angenommene Verbindlichkeit gegeben worden sei, wird von der Stelle ebensowenig berührt, wie von den vorhergehenden Bestimmungen derselben eine Eigenthumsübertragung, von welcher es nicht feststeht, daß sie animo solvendi gemacht worden sei. Ebenso geht l. 13 C. cit. davon aus, daß antecedens causa feststehe, (— „si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex ante-

3. Ist ein Versprechen unter einer Voraussetzung abgegeben worden, so kann bei Ermangelung der Voraussetzung der Versprechende sich gegen die Forderung aus seinem Versprechen mit einer Einrede schützen (I §. 97)[5]. Dieß ist hier deßwegen zu erwähnen, weil die Quellen von einem solchen Versprechen sagen, es sei sine causa abgegeben[6].

d. Arten der Verträge.

α. Reiner (abstracter) Vertrag und individuell charakterisirter Vertrag.

§. 319.

Die einzelnen Verträge unterscheiden sich von einander nicht bloß durch ihren speciellen Inhalt; es gibt auch Artunterschiede

cedente causa descendentibus"). — Die hier verworfene Ansicht ist namentlich von Gneist formelle Verträge S. 198 fg. und Comm. de causae probatione stipulatoris (1858) verfochten worden; ihm folgen in Allem Heimbach Lehre vom Creditum S. 388 fg., Fick Heid. krit. Zeitschr. I S. 486 und Zeitschr. f. Handelsr. III S. 251 fg.; übereinstimmend ferner Dernburg Heid. krit. Zeitschr. III S. 509, E. A. Seuffert in Seuffert Pand. II S. 107, v. Salpius Novation und Delegation S. 322—323. 482—483; irrig auch Windscheid Voraussetzung S. 198. Für die hier vertheidigte Auffassung haben sich ausgesprochen Bethmann-Hollweg Versuche S. 290 Note 90, Bähr Anerkennung S. 146. 252 fg. (159. 282 fg.), Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 42, Girtanner Stipulation S. 319, Fitting Zeitschr. f. Handelsr. III S. 293, Witte krit. VJSchr. VIII S. 207 fg.

[5] Es mischt sich hier eine doppelte Bedeutung von causa: causa als zur Voraussetzung erhobener Bestimmungsgrund, und causa als juristischer Rechtfertigungsgrund; denn der Vertrag, dessen Voraussetzung ermangelt, besteht zwar formell zu Recht, aber es ist materiell ungerecht, daß aus demselben der Gläubiger reicher und der Schuldner ärmer werde. S. l. 1 §. 1—3 l. 3 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 2 §. 3 D. de doli exc. 44 4; l. 2 l. 4 l. 5 D. de cond. sine causa, l. 10 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 34 l. 66 D. de cond. indeb. 12. 6, l. 3 §. 5 D. de coll. 37. 6. Vgl. §. 422 Note 1, §. 423 Note 8. — Auf der Verwechslung dieser beiden Arten der causa (Nr. 2 und 3 des Textes) beruhen auch die Bemerkungen von Witte krit. VJSchr. VI S. 376—379.

[6] Die Lehre von der Ungültigkeit des Vertrages sine causa hat noch eine fernere Wurzel, welcher aber lediglich rechtshistorische Bedeutung zukommt. In l. 7 §. 2. 4 D. de pact. 2. 14 wird mit Rücksicht auf die römische Lehre von der Nothwendigkeit einer Form des obligatorischen Vertrages erörtert, daß die

zwischen ihnen, welche von rechtlicher Bedeutung sind. Unter diesen Unterschieden ist hier zunächst hervorzuheben der bereits im vorigen §. bezeichnete zwischen Verträgen, bei welchen das Versprechen seinen Bestimmungsgrund als integrirenden Bestandtheil in sich aufnimmt, und Verträgen, bei welchen dieß nicht der Fall ist[1]. Bei Verträgen der ersten Art ist nach dem Willen der Parteien der Bestimmungsgrund des Versprechens maßgebend für den Inhalt der zu begründenden Verpflichtung; bei Verträgen der zweiten Art schließen die Parteien den Bestimmungsgrund des Versprechens von allem maßgebenden Einfluß auf den Inhalt der zu begründenden Verpflichtung aus. Die am häufigsten gebrauchte Bezeichnung für diesen Gegensatz ist: Formal- oder formeller Vertrag — Material- oder materieller Vertrag; mehr empfehlen sich die in der Ueberschrift dieses §. gebrauchten Ausdrücke[2].

Form ersetzt werden könne durch die causa des gegebenen Versprechens, was näher dahin bestimmt wird, daß das für eine empfangene Leistung gegebene Versprechen rechtsverbindlich sei (actio praescriptis verbis).

[1] Literatur bei §. 318*. §. 319.

[2] Der Ausdruck „Formal- oder formeller Vertrag" ist entstanden unter der irrigen Vorstellung, daß es bei dem reinen Vertrag etwas Anderes außer dem erklärten Willen sei, welchem das Recht die Kraft, eine Verbindlichkeit zu erzeugen, beilege. Auch aus einem andern Grunde ist dieser Ausdruck zu mißbilligen; er muß nothwendigerweise die Vorstellung erwecken, als bedürfe der reine Vertrag zu seinem Bestande einer bestimmten Form der Willenserklärung, und diese Vorstellung ist anerkanntermaßen unrichtig (obgleich sie, eben in Folge der unrichtigen Bezeichnung, immer wiederkehrt, s. z. B. neuestens Siebenhaar Correalobligationen S. 10. 11). Dieser Ausdruck ist daher, wie mir scheint, unter allen Umständen aufzugeben. Vgl. auch Bekker krit. VJSchr. IX S. 260. 280, Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 138. Ebensowenig empfiehlt sich der von Thöl (Wechselrecht §. 149) gebrauchte Ausdruck „Summenversprechen". Der reine Vertrag ist zwar sehr häufig, aber keineswegs nothwendig, auf die Leistung einer Geldsumme gerichtet, und ein Versprechen, welches auf die Leistung einer Geldsumme gerichtet ist, kann sehr wohl individuell charakterisirt sein. Ein anderer Ausdruck, welcher zur Bezeichnung des reinen Vertrags gebraucht worden ist, ist „einfaches Versprechen" (vgl. Liebe Stipulation S. 73). Bei Schlesinger finden sich die Ausdrücke „materiell individualisirter, materiell charakterisirter Vertrag". Dem hier vorgeschlagenen Ausdruck „reiner Vertrag" liegt die Vorstellung zu Grunde, daß der so bezeichnete Vertrag farblos ist (vgl. Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 190 Anm. 12); „abstract" kann derselbe genannt werden, insofern er von seiner materiellen Grundlage abstrahirt. Den letzten Ausdruck gebraucht

β. Einseitige und zwei- oder gegenseitige Verträge.

§. 320.

Eine besonders wichtige Klasse unter den obligatorischen Verträgen bilden diejenigen, welche darauf gerichtet sind, einen Austausch von Leistungen zu bewirken; jede der vertragschließenden Parteien soll für die Leistung, welche sie zu fordern berechtigt wird, ihrerseits ein Aequivalent in einer eigenen Leistung zu geben verpflichtet sein[1]. Man nennt diese Verträge zweiseitige, besser wechselseitige oder gegenseitige Verträge, diejenigen, welche den bezeichneten Inhalt nicht haben, einseitige Verträge. Die letzteren können noch von doppelter Art sein. 1) Wenn sie auch die Partei, welche sie berechtigen, nicht zu einer Gegenleistung verpflichten, so schließen sie doch eine anderweitige Verpflichtung derselben nicht aus[2]. 2) Sie sind streng einseitig, so daß sie für eine Verpflichtung der berechtigten Partei gar keinen Raum lassen[3].

Kuntze, und zur Bezeichnung des Gegensatzes „discret". Kuntze will aber nicht sowohl von abstracten und discreten Verträgen, als vielmehr von abstracten und discreten Obligationen geredet wissen. Dieß hat insofern Berechtigung, als derselbe Gegensatz, welcher sich bei den Verträgen findet, bei den einseitigen Willenserklärungen wiederkehrt. Die Inhaber- und die Ordrepapierobligation ist eine Obligation gleicher Art, wie die durch den abstracten Vertrag geschaffene (vgl. §. 304 Note 10). H. Witte krit. VJSchr. VI S. 332 sagt: abstracte, individualisirte Willenserklärung; abstractes, individualisirtes Versprechen. Bekker a. a. O. S. 275 versucht: absolute, relative Obligationen.

§. 320. [1] Dieß ist z. B. der Inhalt des Kaufvertrags, des Miethvertrags ꝛc. Nach römischem Sprachgebrauch entsteht aus diesen Verträgen für jeden der Contrahenten eine actio directa.

[2] Auch in Betreff dieser Verpflichtung ist noch ein Unterschied zu bemerken. Sie kann sein a) bloß möglich, abhängig von besondern Umständen, welche auch ausbleiben können. So wird aus dem Auftragvertrag der Auftraggeber verpflichtet, wenn der Beauftragte durch die Ausführung des Auftrages eine Einbuße erleidet. Sie kann aber b) auch wesentlich sein, durch den Inhalt des Vertrages mit Nothwendigkeit gegeben. So verpflichtet der Leihvertrag den Hingebenden wesentlich, die geliehene Sache dem Empfänger bis nach gemachtem Gebrauch zu lassen. — Ist zur Geltendmachung dieser Verpflichtung eine besondere actio begründet, so sprechen die Römer von actio contraria.

[3] So z. B. der Darlehensvertrag. — Was den heutigen Sprachgebrauch angeht, so ist noch zu bemerken, daß man wohl auch die Verträge mit actiones contrariae als zweiseitige Verträge — unvollkommen zweiseitige Verträge —

Von den gegenseitigen Verträgen im Besonderen.

§. 321.

Für die gegenseitigen Verträge gelten folgende Regeln.

1. Keine der vertragschließenden Parteien kann Erfüllung der Verbindlichkeit der Gegenseite verlangen, ohne ihrerseits ihre Verbindlichkeit erfüllt zu haben[1], oder die Erfüllung derselben anzubieten[1a]; es müßte denn über die Ordnung, in welcher die beiderseitigen Leistungen zu erfolgen haben, eine abweichende Bestimmung ausdrücklich oder stillschweigend getroffen worden sein. Ist dieß nicht geschehen, so wird derjenige, welcher die Erfüllung der Verbindlichkeit des Gegners fordert, ohne seine eigene Verbindlichkeit erfüllt zu haben oder deren Erfüllung anzubieten, von dem Gegner mit der Einrede zurückgewiesen, daß sein Fordern gegen die Absicht des Vertrages verstoße[2]. — Was die

---

bezeichnet findet. Die älteren Civilisten sagten: contractus bilaterales inaequales. — Vgl. noch Kuntze zu Holzschuher III S. 37 fg.

[1] Unvollständige Erfüllung: Seuff. Arch. I. 48, III. 153, V. 308, IX. 216. §. 321.

[1a] Seuff. Arch. XV. 14, XIX. 32. 134.

[2] S. g. exceptio non adimpleti contractus. Ueber die wahre Bedeutung derselben herrscht ein alter Streit. Nach einer andern Meinung ist dieselbe gar keine Einrede, sondern directe Verneinung, Behauptung, daß die klägerische Forderung schon an und für sich nicht begründet sei. Diese Ansicht wird unter den Neueren vertheidigt von: Glück XIX S. 229 fg. (1815), Lang über die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (1829), Schenk Arch. f. civ. Pr. XVII. 4. 9 (1834). XX. 15 (1837), Treitschke das. XXII. 11. 16 (1839), Sintenis Zeitschr. f. Civ. und Pr. XVI. 7. XVII. 5 (1842) und Lehrb. II §. 97 Anm. 61 und Text dazu, Keller Jahrb. des gem. R. IV. 11 (1860) und Lehrbuch §. 243. Für die hier vertretene Ansicht haben sich ausgesprochen: Heerwart Arch. f. civ. Pr. VII. 18 (1824). XIV. 9 (1831). XVIII. 15 (1835), Brandis in Schunck's Jahrb. XVII S. 196 fg. (1831), Dernburg Compensation S. 69—83 (1854), W. A. Puchta Jahrb. d. gem. R. V. 5 (1862), Bekker das. V. 6 (1862), Vangerow III §. 607 Anm., Puchta §. 232, Arndts §. 234, Unger II §. 123 Anm. Die erstgenannte Ansicht ist ohne Zweifel am Besten von Keller vertheidigt worden. Derselbe geht von der Auffassung aus, daß bei dem gegenseitigen Vertrag die Gegenleistung den Inhalt der Leistung afficire, so daß jeder Contrahent verpflichtet sei nicht auf Leisten schlechthin, sondern auf Leisten gegen Gegenleistung. Es ist zuzugeben, daß diese Auffassung an und für sich möglich ist, ja daß sie sich, wenigstens für gewisse gegenseitige Verträge, so namentlich den Kaufvertrag, nach allgemeiner Betrachtung empfiehlt. Aber ebenso wahr ist es, daß die Beru-

Beweislast angeht, so muß, wenn der Kläger sich auf die bereits geschehene Erfüllung beruft, dieser den Beweis der Erfüllung führen, nicht der Beklagte den Beweis der Nichterfüllung[3]. Ebenso

---

fung auf die nicht erfolgte Gegenleistung nun einmal in unseren Quellen exceptio wirklich genannt wird, und dieses Argument hat auch Keller nicht zu beseitigen vermocht. Es mag sein, daß Gai. IV. 126 und l. 25 D. de A. E. V. 19. 1. nicht eine actio venditi, sondern eine durch Novation entstandene condictio certi im Sinne haben (vgl. in Betreff der letzteren Stelle l. 14 D. de exc. 44. 1); aber so bleiben immer übrig l. 5 §. 4 D. de doli exc. 44. 4 und l. 5 C. de evict. 8. 45, Stellen, deren Gewicht offenbar nicht durch die Bemerkung beseitigt werden kann, daß die exceptio, von welcher sie handeln, in der Formel des bonae fidei iudicium nicht ausgedrückt worden sei; jedenfalls wird doch die Entgegnung des Beklagten als exceptio charakterisirt (so auch Bekker S. 120). Diesen Stellen gegenüber vermag nichts l. 13 §. 8 D. de A. E. V. 19. 1, wo das „nondum est ex emto actio" sehr wohl von einer durch exceptio aufgehaltenen bez. sogleich denegirten actio verstanden werden kann; nichts auch die in den Quellen anerkannte Möglichkeit, daß nur der eine der Contrahenten aus dem gegenseitigen Vertrage Rechte abzuleiten befugt sein könne (vgl. Note 23), — während andere Argumente von Keller selbst nicht hoch angeschlagen werden (a. a. O. S. 360 fg). Man wird also anerkennen müssen, daß das römische Recht den gegenseitigen Vertrag eben nicht so aufgefaßt hat, wie Keller behauptet; daß es die Gegenleistung nicht als Minderung der Leistung ansieht, sondern als Aequivalent für die Leistung, und demgemäß in dem Fordern, ohne daß die Gegenleistung gemacht ist oder angeboten wird, nicht ein Zuvielfordern erblickt, sondern einen Verstoß gegen die Absicht des Vertrages (exceptio doli, l. 5 C. de evict. 8. 45). Die richtige Formel ist nicht: jeder Contrahent ist nur verpflichtet zur Leistung gegen Gegenleistung; sondern die richtige Formel ist: jeder Contrahent ist nur dann verpflichtet, seine Verbindlichkeit aus dem Vertrage zu erfüllen, wenn auch der andere Contrahent sie erfüllt. Vgl. Seuff. Arch. II 26, IX. 333, X. 39, XI. 138, XII. 141, XV. 14; dawider III. 201, VIII. 299. — Die praktische Bedeutung dieser Streitfrage ist übrigens, wenn man nicht aus einer oder der andern Ansicht unrichtige Consequenzen zieht, lediglich eine processualische, vgl. Vangerow III S. 306 und die zuvor erwähnten Erkenntnisse. — Außer den beiden in dieser Note erörterten Auffassungen der Natur des gegenseitigen Vertrages sind noch zwei andere aufgestellt worden. 1. Der gegenseitige Vertrag erzeugt zwei von einander ganz unabhängige Obligationen. 2. Die beiden von ihm erzeugten Obligationen sind nur zwei Seiten einer und derselben Obligation. Die letztere Auffassung geht zu weit, die erstere nicht weit genug. Vgl. über die erstere Note 16, über die letztere Liebe Stipulat. S. 248 fg., Windscheid Voraussf. S. 144, Mommsen Beitr. I. S. 347—349. III S. 415—422, Dernburg Compens. S. 66 fg., Keller Jahrb. d. gem. R. a. a. O. S. 362 fg.

trifft die Beweislast den Kläger dann, wenn darüber gestritten wird, ob die von dem Kläger gemachte Leistung zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit genügend war[3a], mag der Streit sich auf den Umfang seiner Verbindlichkeit beziehen[4], oder auf die Beschaffenheit seiner Leistung[5]; jedoch ist im letzteren Falle zuzusehen, ob nicht der Beklagte durch die Annahme die ihm gemachte Leistung als Erfüllung anerkannt hat[6]. Immer trifft die Be-

---

[3] Dieß selbst dann nicht, wenn nicht zuerst der Kläger mit der Behauptung der Erfüllung, sondern zuerst der Beklagte mit der Behauptung der Nichterfüllung auftritt. Hierüber ist kein Streit. Daß diejenigen, welche die eigene Erfüllung des Klägers zum Klaggrund rechnen, demselben den Beweis der Erfüllung auferlegen, versteht sich von selbst. Aber auch diejenigen, welche in der exceptio non adimpleti contractus eine eigentliche Einrede sehen, gelangen zu dem gleichen Resultat. Denn in dieser Einrede beruft sich der Beklagte nicht sowohl darauf, daß der Kläger noch nicht geleistet habe, als vielmehr darauf, daß aus dem Vertrage, aus welchem er fordere, eine Verbindlichkeit auch für ihn selbst hervorgegangen sei, und daß er nach der Absicht des Vertrages nicht die Erfüllung der Verbindlichkeit des Beklagten fordern könne, so lange seine Verbindlichkeit noch bestehe.

[3a] S. g. exceptio non rite adimpleti contractus. Vgl. über dieselbe Glück XVII S. 231 fg., Heerwart Arch. f. civ. Pr. VII S. 353 fg., Schenck das. XX S. 467 fg., Treitschke Arch. f. civ. Pr. XXII S. 434 fg., Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 369 fg., W. A. Puchta das. V S. 96 fg., Bekker das. V S. 117 fg. 124 fg.; Seuffert §. 276, Vangerow III §. 607 Anm. Nr. IV, Sintenis II S. 290, Thöl Handelsrecht I §. 85.

[4] Z. B. auf die Höhe des vereinbarten Kaufpreises. Wenn der Beklagte behauptet, daß der Kläger ihm nicht 100, wie er gethan, sondern 150 leisten müsse, so leugnet er damit, daß ein Kaufvertrag, wie der vom Kläger behauptete, abgeschlossen worden sei. Keller a. a. O. S. 368, Bekker a. a. O. S. 125. Vgl. Seuff. Arch. II. 276.

[5] Indem der Beklagte leugnet, daß die von dem Kläger gemachte Leistung zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit genügend sei, leugnet er, daß diese Verbindlichkeit erfüllt sei. Deßwegen hat man sich auch mit Recht gegen den ganzen Begriff der exceptio non rite adimpleti contractus erklärt (s. die bei Heerwart a. a. O. S. 354 Note 34 Genannten, G. F. Puchta Vorl. II S. 32, und namentlich W. A. Puchta a. a. O.). Was man exceptio non rite adimpleti contractus nennt, ist einfach eine exceptio non adimpleti contractus; man verwechselt die Begriffe Leistung und Erfüllung. Seuff. Arch. I. 337, V. 129. 149. 154, VII. 115, IX. 88, XIV. 129; anders II. 276.

[6] In diesem Falle, so wie auch in dem Falle ausdrücklicher Billigung, ist er nicht ohne Weiteres seiner Rechte aus der Mangelhaftigkeit der ihm gemachten Leistung verlustig. Er hat nur erklärt, daß die ihm gemachte Leistung

weislast den Beklagten dann, wenn die Einwendungen, welche er gegen die Beschaffenheit der ihm gemachten Leistung erhebt, nicht sowohl ein Leugnen der Erfüllung der klägerischen Verbindlichkeit, als vielmehr ein Behaupten von Thatsachen enthalten, aus welchen ihm neue Ansprüche erwachsen[7].

2. Wer erfüllt hat, kann, wenn die Gegenseite die Erfüllung ihrer Verbindlichkeit verweigert, von dieser nur Erfüllung, nicht aber Rückerstattung des von ihm Geleisteten verlangen[8]. Nach römischem Recht war ein solches Rückforderungsrecht allerdings begründet bei denjenigen gegenseitigen Verträgen, welche von der Form nicht entbunden waren[9]; nach heutigem Recht ist es

---

Erfüllung sei, nicht auch auf seine Rechte verzichtet für den Fall, daß sie gegen sein Wissen Erfüllung nicht sein sollte. Aber das Gewicht des in jener Erklärung liegenden Zeugnisses gegen sich selbst muß er durch Gegenbeweis aus dem Wege räumen. Vgl. unten §. 394 Note 28. 29 und Thöl Handelsr. I §. 84. 85b, Bähr Anerkennung S. 174 (191); Seuff. Arch. VII. 295, IX. 88, XV. 213, XIX. 132.

[7] So verhält es sich, wenn der Käufer einer individuell bestimmten Sache sich über den Mangel einer ihm zugesagten Eigenschaft der Kaufsache beschwert. Der Verkäufer hat versprochen: 1) Tradition dieses Sachindividuums, — diese Verbindlichkeit hat er erfüllt; 2) daß dieses Individuum eine Eigenschaft haben solle, welche es nicht hat, — dieses Versprechen ist auf etwas Unmögliches gerichtet und löst sich auf in ein Versprechen des Schadensersatzes für den Fall, daß die verkaufte Sache die bezeichnete Eigenschaft nicht haben sollte. (So wörtlich l. 31 D. de evict. 21. 2.) Ebenso verhält es sich, wenn der Käufer das Vorhandensein von verborgenen Mängeln geltend macht; auch hier wendet er nicht Nichterfüllung ein, sondern erhebt die actio quanti minoris oder redhibitoria. S. namentlich W. A. Puchta a. a. O. S. 96—103, auch Thöl Handelsr. I S. 503. 504. Vgl. Seuff. Arch. II. 26. 37, III. 29, IV. 25, V. 147, VI. 169, VII. 160, XI. 235.

[8] Er hat geleistet, wozu er verpflichtet war, und die Weigerung der Gegenseite, ihre Verbindlichkeit zu erfüllen, hebt die seinige nicht auf. Anders auch nicht bei Verzug der Gegenseite, s. §. 280 Note 1.

[9] Also es war ausgeschlossen nur bei Kauf, Miethe, Gesellschaft. War in andern Fällen einer gegenseitigen Beredung die Stipulationsform angewendet, so waren statt des Einen gegenseitigen Vertrages zwei von einander unabhängige abgeschlossen. War die Stipulationsform nicht angewendet, so war ein rechtsbeständiger Vertrag nicht eher vorhanden, bis in Folge der Beredung einer der Contrahenten leistete und der andere annahm; nicht die vorhergehende Beredung machte den rechtsbeständigen Vertrag aus, sondern erst der in diesem Leisten und Annehmen wiederholt erklärte Consens. Der Leistende leistete also, ohne verpflichtet zu sein, und konnte behaupten, daß er unter

unbedingt ausgeschlossen[10]. Das römische Recht ging aber bei den zuletzt genannten Verträgen noch weiter, und gab demjenigen, welcher erfüllt hatte, selbst dann die Befugniß, die von ihm gemachte Leistung zurückzufordern, wenn die Gegenseite zur Erfüllung bereit war (s. g. Reuerecht)[11]; auch diese Befugniß gilt heutzutage nicht mehr[12].

---

der Voraussetzung der erfolgenden Gegenleistung geleistet habe, so daß bei Ausbleiben derselben die condictio ob causam datorum für ihn begründet war (I §. 99 Note 1).

[10] Weil nach heutigem Recht ein rechtsbeständiger Vertrag auch durch formlose Beredung zu Stande kommt. Vgl. Wächter doctrina de condict. c. d. c. n. s. p. 117—128, Erxleben condict. sine causa II S. 463—474, Vangerow III §. 599 Anm. Nr. V. — Ist nicht auch nach heutigem Rechte ein Austausch von Aequivalenten möglich, ohne daß die eine oder die andere Leistung auf Grund einer vorhergehenden Verpflichtung erfolgt? Man denke etwa an den Fall, daß in einer Verkaufsauslage die einzelnen Waaren mit ihrem Preise bezeichnet sind, und Jemand eine Sache nimmt, indem er die betreffende Geldsumme dem Verkäufer hinlegt; oder daß Jemand einem Dienstmanne einen zu bestellenden Brief zugleich mit dem tarifmäßigen Lohn übergibt. Man denke auch an den Tauschvertrag über zwei Forderungen, und an den Compensationsvertrag (§. 351 Nr. 2). Vgl. Brinz Pand. S. 370. 371, Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 6 fg., Bähr Anerkennung 2. Aufl. S. 70 Note 14.

[11] L. 3 §. 2. 3 l. 5 pr. §. 3. 4 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Bekanntlich ist die Existenz des Reuerechts sehr bestritten, vgl. den Bericht bei Vangerow III §. 599 Anm. Nr. IV, hinzuzufügen Witte Bereicherungsklagen S. 116 fg., Voigt condict. ob causam §. 79, welche sich Beide gegen das Reuerecht erklärt haben. Jedenfalls findet das Reuerecht seine ausreichende Erklärung in der Ungleichheit, welche vor Einführung der actio praescriptis verbis ohne dasselbe zu Gunsten des Empfängers und zu Ungunsten des Gebers stattgefunden haben würde. Vgl. Windscheid Voraussetzung S. 165. 166 (namentlich auch Note 9 daselbst).

[12] Das römische Recht hätte das Reuerecht schon seit der Ausbildung der actio praescriptis verbis fallen lassen sollen. Seit dieser Zeit befindet sich nun umgekehrt kraft desselben der Geber in einem unbilligen Vortheil dem Empfänger gegenüber. Jedenfalls kann das Reuerecht heutzutage nicht mehr gelten, aus demselben Grunde, aus welchem auch die condict. ob causam datorum bei gegenseitigen Verträgen nicht mehr gilt. Seine heutige Geltung wird auch nur höchst vereinzelt behauptet, so z. B. von Schmitthenner über Verträge insbesondere das Reuerecht S. 164 fg. Nicht dahin gehört auch Erxleben condict. sine causa II S. 476 fg., gegen dessen Behauptung, daß auch heutzutage noch trotz der Bereitwilligkeit des Empfängers zur Gegenleistung die gemachte Leistung zurückgefordert werden könne, wenn „nach dem Zweck und der Richtung des geschlossenen Vertrags oder zufolge zugestandenen Vorbehalts

3.[13] Fällt die Verbindlichkeit einer der vertragschließenden Parteien hinweg, so ist zu unterscheiden, ob dieß durch Erfüllung oder anderweitige Befriedigung des Gläubigers[14], oder ob es ohne Befriedigung des Gläubigers geschieht. Im ersten Falle geht die nicht mehr verbundene Partei ihres Anspruches auf die Gegenleistung nicht verlustig[15]; im zweiten Falle ist das Princip das, daß sie, da sie ihre Verbindlichkeit nicht zu erfüllen braucht, auch die Gegenleistung nicht verlangen kann[16]. Jedoch kommt

---

der wirkliche Vollzug desselben von der Willkür (des Leistenden) abhängig (sei)" (mit andern Worten: wenn das Reuerecht ausdrücklich oder stillschweigend ausbedungen sei), nichts einzuwenden ist.

[13] Wächter Arch. f. civ. Pr. XV. 6. 9 (1832), Madai die Lehre von der Mora S. 277—284 (1837), Wolff zur Lehre von der Mora S. 129—145 (1841), Fuchs Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 5. 10. 17 (1851), Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I S. 329 fg. III S. 416—422 (1853. 1855) und dazu Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 135 fg., Reatz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XV. 11 (1858); Vangerow III §. 591 Anm., Sintenis II S. 468 fg.

[14] Dahin gehört außer Leistung an Erfüllungsstatt, gerichtlicher Hinterlegung, Compensation, Novation auch der Erlaß des Gläubigers. Durch den Erlaß erhält zwar der Gläubiger nichts, aber er ist zufrieden damit, nichts zu erhalten. In Betreff der Novation vgl. noch Römer bedingte Novation §. 12.

[15] Was den Erlaßvertrag angeht, s. l. 56 D. de pact. 2. 14, l. 5 D. loc. 19. 1, l. 16 D. de lib. leg. 34. 3. Die acceptilatio wurde jedoch von den Römern aufgefaßt als der Ausdruck der „voluntas utriusque ... id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quidquam peteret", wobei aber die acceptilatio „non sua natura, sed potestate conventionis valet", l. 5 pr. D. de resc. vendit. 18. 5, s. auch l. 23 D. de acc. 46. 4. Vgl. Dernburg Compensat. S. 78, Mommsen Beiträge III S. 417, Bähr Anerkennung S. 145 (159) Note 4, Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 361, Römer bedingte Novation S. 133 fg.

[16] L. 50 D. de A. E. V. 19. 1. „Bona fides non patitur, ut, cum emtor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compellatur et re sua carere ...". L. 9 §. 1. 4. 6 D. loc. 19. 2 (Wegfall der Verbindlichkeit des Vermiethers). — Andere, so namentlich Wächter a. a. O., Madai a. a. O., Dernburg Compens. S. 76, Reatz a. a. O., stellen das umgekehrte Princip auf, ausgehend davon, daß die beiden durch den gegenseitigen Vertrag erzeugten Obligationen von einander unabhängig seien, und daß daher der Wegfall der einen die andere nicht afficire. Diese Auffassung wird aber dem Wesen des gegenseitigen Vertrages nicht gerecht (s. Note 2). Die beiden durch den gegenseitigen Vertrag erzeugten Obligationen sind eben nicht unabhängig von einander, sondern die Erfüllung der einen bedingt die Befugniß, Erfüllung der an-

dieses Princip nicht in allen Fällen rein zur Anwendung, und namentlich[17] da nicht, wo es sich um eine Verbindlichkeit handelt, welche aus einer Entäußerungserklärung entstanden ist[18]; fällt diese Verbindlichkeit dadurch weg, daß die Sache, auf welche sich die Entäußerungserklärung bezieht, ohne Schuld des Verpflichteten untergeht oder ihm abhanden kommt, so kann derselbe dennoch die Gegenleistung fordern[19]. — Fällt die Verbindlichkeit

---

dern zu fordern. — Wie ist es, wenn die Verbindlichkeit der einen Partei theilweise wegfällt, kann diese dann den entsprechenden Theil der Gegenleistung fordern, oder kann nun die andere Partei von dem Vertrage ganz zurücktreten? Das Princip der Entscheidung ist, daß auf die „contemplatio" dieser Partei gesehen werden muß (vgl. l. 58 D. de contr. emt. 18. 1), ob sie auch um diesen Theil contrahirt haben würde. Vgl. Mommsen Beiträge I S. 290.

[17] Vgl. außerdem I §. 123 Note 8. Freilich ist das daselbst Gesagte sehr bestritten. S. auch Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 363. 364.

[18] Unter einer Entäußerungserklärung verstehe ich die Erklärung, daß man sich einer Sache entäußere, im Gegensatz zu dem Versprechen, daß man sich ihrer entäußeren wolle. Eine Entäußerungserklärung ist z. B. die Erklärung des Verkäufers; im Verkaufe wird die verkaufte Sache weggegeben (venum datur), nicht bloß die Verpflichtung übernommen, sie wegzugeben, eine Verpflichtung entsteht für den Verkäufer erst dadurch, daß der thatsächliche Zustand seiner Erklärung nicht entspricht. Ebenso verhält es sich z. B. bei dem Tauschvertrag, bei dem Gesellschaftsvertrage, wenn ein Gesellschafter Etwas in die Gesellschaft hineinzugeben erklärt, bei der Hingabe an Erfüllungsstatt (Seuff. Arch. VIII. 126).

[19] Dieser Satz ist in den Quellen anerkannt für den Kaufvertrag; der gewöhnliche Ausdruck für denselben ist hier: der Käufer trage die Gefahr der Sache. S. über diesen Ausdruck Wächter S. 99—115, Mommsen I S. 237—245, und über die Sache §. 3 I. de emt. et vend. 3. 23, l. 34 §. 6 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5 §. 2 D. de resc. vend. 18. 5, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6, l. 14. 15 D. de I. D. 23. 3 u. a. m.; über l. 12—14 D. de per. und l. 33 D. loc. 19. 2 s. Mommsen I S. 332—336, Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 393. 415 fg., Vangerow S. 233. Der Grund dieser Behandlung des Kaufvertrages ist die in der vorigen Note bezeichnete Natur der Willenserklärung des Verkäufers; in Folge derselben wird die verkaufte Sache behandelt, was sein Verhältniß zum Käufer angeht, als bereits aus seinem Vermögen ausgeschieden und in das Vermögen des Käufers übergetreten. Eben weil dieß der Grund ist, muß die gleiche Behandlung auf alle andern gegenseitigen Verträge, in welchen eine Entäußerungserklärung enthalten ist, übertragen werden. Vgl. auch I §. 177 Note 1 und 2. Uebrigens ist das hier Gesagte weit davon entfernt, außer Streit zu sein. Vertreten wird es (wenigstens dem Grundgedanken nach) von Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II

einer der vertragschließenden Parteien hinweg, nachdem sie die Gegenleistung bereits erhalten hat, so braucht sie das Erhaltene gewiß nicht herauszugeben im Falle der Erfüllung oder anderweitiger Befriedigung des Gläubigers; für die übrigen Fälle läßt sich ein Princip nicht aufstellen[20].

S. 136. 137 (wo aber der Ausdruck nicht vorsichtig genug gefaßt ist), Scheurl Beiträge II S. 64, Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 364—366, Mommsen Erörterungen I S. 29—31 (vgl. dens. Beiträge III S. 422 Note*), Goose Jahrb. f. Dogm. IX. 1 (vgl. §. 390 Note 3). Andere helfen sich mit der Annahme einer Fiction; obgleich der Verkäufer noch nicht erfüllt habe, werde es so angesehen, als habe er erfüllt, so Fuchs a. a. O., Mommsen Beiträge I S. 349, Ube Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 396 fg. Das ist zunächst doch nur eine rein formelle Erklärung, eine Wiedergabe des zu erklärenden Satzes in anderer Form; warum wird es denn so angesehen? Wenn nun darauf Fuchs zur Antwort gibt: weil überhaupt die schuldlose Unmöglichkeit der Erfüllung der Erfüllung gleichgestellt wird, so darf gesagt werden, daß er diese Behauptung nicht bewiesen habe, s. auch Mommsen Beitr. I S. 326—329; wenn aber Mommsen sich auf die Natur des Kaufvertrags beruft, welcher eine sofortige Erfüllung entspreche, während ein Aufschub der Erfüllung als etwas Zufälliges erscheine, so ist n. m. A. diese Berufung entweder zur Erklärung des zu Erklärenden ungenügend, oder sie ist nur ein anderer, bloß weniger entwickelter, Ausdruck für die hier vertretene Ansicht. Auf die durch die Natur des Kaufvertrages begründete Regel sofortiger Erfüllung beruft sich auch Vangerow III S. 236. Jhering Jahrb. f. Dogm. III S. 462—466 sucht die Erklärung in der Verschuldung, welche den Käufer in Betreff des Aufschubs der Erfüllung treffe; eine solche Verschuldung werde regelmäßig vorhanden sein, werde aber jedenfalls, um Streitigkeiten abzuschneiden, vom Rechte als vorhanden angenommen. Mir scheint das Erste nicht richtig, und das Letzte äußerst unwahrscheinlich. Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 202 fg. ist der Ansicht, dem Käufer sei aus Billigkeitsgründen die Gefahr deßwegen auferlegt worden, weil der Verkäufer nicht mehr veräußern und sich dadurch dem schädlichen Zufall entziehen könne. Aber in diese Lage hat sich der Verkäufer ja selbst gebracht; warum soll ihm für den Nachtheil derselben noch ein Ersatz gegeben werden? Und ist das Verhältniß des Vermiethers ein anderes? Ueber die Auffassung, nach welcher das für den Kaufvertrag Bestimmte nicht als Ausnahme, sondern als Regel erscheint, s. Note 16.

[20] Die in Note 16 citirte l. 50 D. de A. E. V. fährt fort: — „possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote cum petenti eam rem emtor exceptionem rei venditae et traditae obiiciat, ut perinde habeatur, ac si petitor ei neque vendidisset neque tradidisset“ (vgl. Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 357). Dagegen kann das gezahlte Miethgeld zurückgefordert werden, wenn die Leistung des vereinbarten Gebrauchs dem Vermiether ohne seine Schuld unmöglich wird. L. 9 §. 4 l. 19 §. 6 l. 33 D. loc. 19. 2, l. 15 §. 6 eod.; s. auch §. 400 Note 5, §. 401 Note 6.

4. Kommt sogleich bei Abschließung des Vertrages für eine der vertragschließenden Parteien wegen eines entgegenstehenden Ungültigkeitsgrundes eine Verbindlichkeit nicht zu Stande, so kann es sein, daß auch für die andere Partei eine Verbindlichkeit nicht entsteht[21]; jedenfalls aber, wenn auch eine solche entsteht, kann die nicht verbundene Partei Erfüllung derselben nicht verlangen, ohne ihrerseits dasjenige zu leisten, was sie, wenn auch ungültig, versprochen hat[22]. In diesem letztern Falle hängt es also von dem Willen der nicht verbundenen Partei ab, ob der Vertrag in Vollzug gesetzt werden soll, oder nicht[23].

---

[21] So namentlich, wenn der Grund, weßwegen für die eine Partei eine Verbindlichkeit nicht zu Stande kommt, Unmöglichkeit der Leistung ist, l. 57 pr. D. de contr. emt. 18. 1. — Wie ist es bei theilweiser Unmöglichkeit, — kommt dann eine Verbindlichkeit für den andern Theil gar nicht zu Stande, oder wird er auf den entsprechenden Theil der Gegenleistung verpflichtet (in beiden Fällen natürlich Nichtwissen des andern Contrahenten vorausgesetzt)? Im Allgemeinen kommt es auf seine „contemplatio" an, ob er auch um den noch möglichen Theil der Leistung contrahirt haben würde; eine positive Entscheidung in l. 57 pr. cit. S. auch den folgenden Theil dieser Stelle und l. 58 eod. Mommsen Beitr. I S. 162 fg., Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 119 fg.

[22] Dieses Verhältniß tritt namentlich dann ein, wenn ein Geschlechtsunreifer einen gegenseitigen Vertrag ohne Mitwirkung seines Vormundes abschließt, pr. I. de auct. 1. 21, l. 13 §. 29 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5 §. 1 D. de auct. 26. 8, l. 7 §. 1 D. de resc. vend. 18. 5. Ferner dann, wenn Jemand eine gestohlene Sache, wissend, daß sie gestohlen ist, kauft, l. 34 §. 3 D. de contr. emt. 18. 1. S. ferner l. 31 §. 1 D. de R. C. 12. 1, l. 57 pr. D. de aed. ed. 21. 1. (Vgl. übrigens, was Geschlechtsunreife angeht, auch den Schluß der l. 7 §. 1 D. de resc. vend.: wenn ein Geschlechtsunreifer mit demjenigen, mit welchem er in rechtsverbindlicher Weise einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, übereinkommt, daß der Vertrag aufgehoben sein solle, so ist dadurch er nicht verbunden, deßwegen aber auch der andere Contrahent nicht.)

[23] Man hat die im Text behandelten Verträge hinkende Verträge, negotia claudicantia, genannt (vgl. l. 13 §. 29 cit.: — „ex uno latere constat contractus"). Ueber die Natur dieser Verträge herrscht aber keine Einigkeit. Folgende Auffassungen sind aufgestellt worden. 1) Es findet bei den genannten Verträgen eine unentschiedene (s. g. relative) Nichtigkeit statt (I §. 82 Note 8); es hängt die Rechtsbeständigkeit des Vertrages von dem Willen des einen der Contrahenten ab. Entscheidet derselbe sich aber für die Rechtsbeständigkeit, so erlangt der Vertrag dadurch volle Wirksamkeit, und erzeugt also eine Verbindlichkeit auch für den entscheidenden Contrahenten selbst. Dieser Auffassung,

5. Ein ähnliches Verhältniß kann stattfinden, auch ohne daß der Vertrag für eine der Parteien ungültig ist. Hierher gehört: a) der Fall, wo die Verbindlichkeit der einen Partei auf ihren nackten Willen gestellt ist[24]; b) der Fall, wo der Vertrag unter Abwesenden geschlossen wird, und in Folge davon nur schrittweise zu Stande kommt[25]. In beiden Fällen hängt ebenfalls der Vollzug des Vertrages von der Willkür des einen der Contrahenten ab, und der Unterschied gegen den Fall unter 4. ist nur der, daß hier, wenn es zum Vollzuge des Vertrages kommt, der den Vollzug Fordernde auch seinerseits verbunden ist[26].

---

welche u. A. von Savigny Syst. III S. 40, Puchta §. 232. a vertreten wird, ist an und für sich möglich, aber nicht gut vereinbar mit den Aussprüchen der Quellen, in denen es geradezu heißt, daß der eine Contrahent „obligatur", der andere „non obligatur" (doch vgl. auch l. 6 §. 1 i. f. D. de contr. emt. 18. 1). Eine formelle Modification dieser Meinung ist die Meinung von Wächter (I §. 82 Note 8); derselbe nimmt Nichtigkeit an, welche durch die Erklärung des einen Contrahenten zur Gültigkeit wird. 2) Es ist in der That der eine der Contrahenten verpflichtet, der andere nicht; aber die Verpflichtung, welche für jenen entstanden ist, hat zum Inhalt nicht Leistung schlechthin, sondern Leistung gegen Gegenleistung. So Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 352 fg. 358 fg. Dieser Auffassung steht entgegen, daß die Berufung auf die nicht erfolgte Gegenleistung in unsern Quellen exceptio genannt wird (s. Note 2). 3) Es ist nur der eine der Contrahenten verpflichtet, der andere nicht; aber wenn auch der andere nicht verpflichtet ist, so handelt derselbe doch gegen die Absicht des Vertrages, welcher ihm sein Forderungsrecht gegeben hat, wenn er dasselbe geltend macht, ohne zu leisten, was er versprochen hat. Dieß ist die hier vertretene Auffassung; s. außerdem Arndts §. 234 Anm. 3. 4. 4) Eine vierte Auffassung läßt nur den einen Contrahenten verpflichtet werden, und gibt dem andern bloß einen Gegenanspruch soweit eine natürliche Verbindlichkeit für jenen entsteht. So namentlich Brandis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII S. 133 fg., s. außerdem Fritz Erläut. II S. 273. 274, Sintenis I §. 17 Note 25, Vangerow I S. 518 fg., und vgl. auch Dernburg Compens. S. 73. 74, Jhering Geist des röm. Rechts III S. 192.

[24] Das Verhältniß ist hier näher dieses. Derjenige Contrahent, dessen Verbindlichkeit auf seinen nackten Willen gestellt ist (Bedingung: si voluerim), ist einstweilen gar nicht verbunden; der andere Contrahent ist verbunden unter der Bedingung des Wollens seines Mitcontrahenten. Vgl. I §. 93 Note 1, auch II §. 309 Note 15.

[25] S. §. 306 Note 6.

[26] In dem ersten der genannten Fälle bringt der bisher nicht gebundene Contrahent durch die Erfüllung der Bedingung, unter welcher der andere Contrahent verpflichtet ist — die Erklärung seines Willens, daß derselbe ver-

γ. Glücksverträge*.

§. 322.

Eine besondere Art der Verträge bilden ferner die Glücksverträge oder gewagten Verträge. Es sind dieß diejenigen Verträge, in welchen die Parteien es von einem Zufall abhängig machen, für welche von ihnen der Vertrag einen Vortheil, für welche er einen Nachtheil zu Wege bringen soll. Die Glücksverträge sind entweder nur besondere Gestaltungen anderer Verträge, welche an und für sich keine Glücksverträge sind[1], oder sie sind Verträge mit einem ihnen eigenthümlichen Vertragsinhalt[2]. — Die Glücksverträge sind nicht unbedingt erlaubt. Das Princip der Entscheidung ist dabei folgendes: unerlaubt sind diejenigen Glücksverträge, in welchen beide Parteien die Gefahr eines Verlustes übernehmen, um einen Gewinn zu machen; erlaubt sind diejenigen, in welchen wenigstens eine der Parteien ein berechtigtes Lebensinteresse verfolgt[3].

δ. Nebenverträge.

§. 323.

Der Vertragsinhalt, welcher einen Vertrag zu einem Vertrag gewisser Art macht und als solchen gewissen Regeln unterwirft,

---

pflichtet sein solle —, da er nur das ganze Geschäft wollen und nicht wollen kann, auch für sich eine Verbindlichkeit zu Stande. In dem zweiten Fall wird eine Verbindlichkeit für den bisher nicht gebundenen Contrahenten schon dadurch erzeugt, daß die Erklärung der Vertragsannahme beim Gegner eingeht (§. 306 Note 6).

* Puchta §. 258, Arndts §. 236, Sintenis II S. 292—295, v. d. Pfordten Abhandl. S. 327 fg. §. 322.

[1] So z. B. das Schiffsdarlehn (§. 371 a. E.), die emtio spei (§. 385 Note 5). L. 1. 2. 4 C. de naut. foen. 4. 33, l. 5 D. eod. 22. 2, l. 8 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 7. 10. 11. 13 D. de her. vel. act. vend. 18. 4, l. 11 §. 18 l. 12 D. de A. E. V. 19. 1.

[2] So z. B. der Spielvertrag, der Wettvertrag, der Versicherungsvertrag. — Gegen die Aufstellung der Glücks- oder gewagten Verträge als einer besondern Kategorie der Verträge erklärt sich Wilda Zeitschr. f. deutsch. R. VIII S. 200—207.

[3] Beim Spielvertrag z. B. wollen beide Parteien lediglich gewinnen; beim Versicherungsvertrag will zwar auch die eine Partei gewinnen, die andere dagegen sich gegen Schaden schützen.

kann durch eine besondere Beredung, ohne ein wesentlich anderer zu werden, modificirt werden. Eine solche Beredung bildet dann dem Hauptvertrage gegenüber einen Nebenvertrag. Die Nebenverträge können den verschiedensten Inhalt haben; hier sind wegen ihrer allgemeineren Bedeutung diejenigen hervorzuheben, durch welche einer Partei oder auch beiden Parteien der Rücktritt gestattet wird[1].

Der Rücktritt kann unbedingt[1a] oder nur für einen gewissen Fall gestattet werden; namentlich kommt es bei gegenseitigen Verträgen häufig vor, daß einer Partei der Rücktritt gestattet wird für den Fall, daß die andere Partei ihre Verbindlichkeit nicht erfüllen sollte[2], oder für den Fall, daß ein Dritter sich bereit erklären sollte, den gleichen Vertrag mit ihr unter günstigeren Bedingungen einzugehen[3]. Mag der Rücktritt unbedingt oder nur für einen gewissen Fall gestattet sein, so ist im Zweifel als Wille der Parteien anzunehmen, daß, wenn der Rücktritt erfolgt, der Vertrag als nicht geschlossen gelten solle[4]. Mit anderen

---

§. 323. [1] Vgl. zum Folgenden Unterholzner II §. 429—431, Sintenis II S. 323—331.

[1a] S. g. pactum displicentiae. L. 3 D. de contr. emt. 18. 1, l. 6 D. de resc. vend. 18. 5, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 2 §. 5 D. pro emt. 41. 4, l. 11 §. 13 D. quod vi aut cl. 43. 24, l. 4 C. de aed. ed. 4. 58. Alle diese Quellenzeugnisse beziehen sich auf den Kaufvertrag. Vgl. §. 387 in der zweiten Hälfte; übrigens auch Fitting Zeitschr. f. Handelsr. V S. 87. 113.

[2] Lex commissoria. Dig. 18. 3 de lege commissoria. Auch dieser Titel, wie der in der folgenden Note genannte, bezieht sich nur auf den Kaufvertrag. Vgl. Wolff Mora S. 76 fg., Gerber Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde §. 31. 32 (dazu Windscheid krit. VJSchr. I S. 130. 131).

[3] In diem addictio. Dig. 18. 2 de in diem addictione. Der Ausdruck bezieht sich auf den gewöhnlichen Fall, wo für das bessere Gebot eine Zeitfrist gesetzt ist. Ob l. 41 pr. D. de R. V. 6. 1 in ihrer ersten Hälfte von dem Falle zu verstehen ist, wo dieß nicht geschehen ist? Vgl. Unterholzner II §. 429 Anm. c, Sintenis S. 326 Note 13, Vangerow I S. 153. — Wann kann man sagen, daß ein besseres Gebot gestellt sei? L. 4 §. 6 l. 5 l. 14 §. 3. 5 l. 15 D. h. t.

[4] Möglicherweise können die Parteien auch gewollt haben, daß durch den Rücktritt nur eine obligatorische Verpflichtung auf Rückgängigmachung der durch den Vertrag erzeugten rechtlichen Wirkung entstehen solle. Vgl. I §. 90 Note 2, und in Betreff des pactum displicentiae beim Kaufvertrage §. 387 Note 7.

Worten: der Vertrag mit gestattetem Rücktritt ist im Zweifel anzusehen als abgeschlossen unter einer auflösenden Bedingung, deren Inhalt entweder schlechthin der ist, daß eine Partei die Wiederaufhebung des Vertrages wollen sollte, oder der, daß ein gewisser Umstand eintreten und dann die Partei die Wiederaufhebung wollen sollte[5]. Hiernach bestimmt sich die rechtliche Bedeutung des den Rücktritt gestattenden Nebenvertrages näher[6]. Außerdem bemerke man noch Folgendes. 1) Ist das Rücktrittsrecht auf den Fall besseren Gebots gestattet, so hat der erste Contrahent im Zweifel die Befugniß, in das bessere Gebot seinerseits einzutreten, und dadurch den Vertrag für sich aufrecht zu erhalten[7]. 2) Ist das Rücktrittsrecht von der Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Gegners abhängig gemacht, so ist es begründet, sobald die fällige Leistung nicht gemacht wird; Mahnung ist nicht erforderlich[8]. Ebenso wenig ist erforderlich, daß dem Schuldner die Versäumung der Erfüllung zur Schuld angerechnet werden könne[9];

---

[5] L. 9 l. 11 §. 1 l. 12. 13 pr. l. 14 §. 2 D. de in diem add. 18. 2, l. 2 l. 4 §. 2 D. de lege comm. 18. 3.

[6] Also es ist zu sagen: 1) durch den Rücktritt hört die von dem Vertrage erzeugte rechtliche Wirkung für die Zukunft ohne Weiteres (ipso iure) auf, l. 41 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 4 §. 3 D. de in diem add. 18. 2, l. 8 D. de lege comm. 18. 3, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 4 C. de pactis inter emt. 4. 54. 2) Dagegen bleibt sie für die Vergangenheit an und für sich bestehen, und es entsteht nur für denjenigen, zu dessen Gunsten sie eingetreten ist, die obligatorische Verpflichtung, sie auch für die Vergangenheit rückgängig zu machen, l. 4 §. 4 l. 6 pr. l. 16 D. de in diem add. 18. 2, l. 4 pr. l. 5 D. de lege comm. 18. 3, l. 11 §. 10 D. quod vi aut cl. 43. 24. Vgl. I §. 91 Note 3. 3) Nichtsdestoweniger verlieren die Verfügungen, welche auf Grund der durch den Vertrag erzeugten rechtlichen Wirkung in der Zwischenzeit getroffen worden sind, durch den Rücktritt ihren rechtlichen Bestand, l. 4 §. 3 D. de in diem add. 18. 2, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. Dieß jedoch mit Ausnahme derjenigen, welche durch den Rücktretenden selbst getroffen worden sind, weil für ihn die Bedingung eine Bedingung: si voluerim war, l. 3 cit.. Vgl. I §. 93 Note 3.

[7] L. 6 §. 1 l. 7. 8 D. de in diem add. 18. 2. Ueber l. 6 §. 1 cit. s. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V S. 105.

[8] L. 4 §. 4 D. de lege comm. 18. 3. Diese Stelle macht keinen Unterschied, ob ein Leistungstermin festgesetzt ist, oder nicht; vgl. auch §. 285 Note 4. A. M. Unterholzner II S. 222 Note d, Sintenis II §. 101 Anm. 24.

[9] Wenn es in l. 51 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1 und l. 6 pr. D. h. t. 18. 3 heißt, der Verkäufer sei dann zum Rücktritt ermächtigt, wenn „per

nur dann ist das Rücktrittsrecht nicht begründet, wenn umgekehrt der Gläubiger an der Nichterfüllung Schuld ist[10]. Hat der Gläubiger sich einmal darüber erklärt, ob er von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen will, oder nicht, so kann er seinen Entschluß nicht mehr ändern[11]. Macht er von seinem Rechte Gebrauch, so bekommt der Schuldner weder das gegebene Handgeld, noch, wenn er bereits theilweise erfüllt hat, das Geleistete zurück, kann aber im letzten Falle seinerseits die gezogenen Früchte einbehalten[12]. Der Beweis der Nichterfüllung trifft nicht den Gläubiger[13]. 3) Der gewöhnlich gelehrte Satz, daß, wenn für die Ausübung des reinen Rücktrittsrechtes eine Frist nicht bestimmt sei, dasselbe binnen 60 Tagen geltend gemacht werden müsse, kann als richtig nicht anerkannt werden[14].

Sowie das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, so kann auch das Zustandekommen des Vertrages von dem, bedingten oder unbedingten, Belieben einer Partei abhängig gemacht werden; in diesem Falle bildet das Belieben nicht die auflösende, sondern die aufschiebende Bedingung des Vertrages[15]. Ist aber das Belieben auf den Fall besseren Gebotes oder auf den Fall der Nichterfüllung der Verbindlichkeit der Gegenseite gestellt, so ist im

---

emtorem factum sit, quominus pecuniam solvat", so soll damit, wie l. 51 §. 1 cit. deutlich zeigt, nur der Gegensatz gegen die Verhinderung durch den Gläubiger selbst bezeichnet werden. Vgl. §. 285 Note 10.

[10] L. 51 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 4 §. 4 D. h. t. 18. 3.

[11] L. 4 §. 2 l. 6 §. 2 l. 7 D. h. t. 18. 3, l. 4 C. de pact. int. emt. 4. 54, Vat. fr. §. 3. 4.

[12] L. 4 §. 1 l. 6 pr. D. h. t. 18. 3. Diese Sätze sind nicht unbestritten, der zweite auch nicht ganz unzweifelhaft. Vgl. Sintenis a. a. O. Note 31, Arndts §. 249 Anm. 2.

[13] Vgl. das §. 285 Note 19 in Betreff der Conventionalstrafe Gesagte. Seuff. VI. 173, VIII. 135.

[14] Derselbe wird hergeleitet aus l. 31 §. 22 D. de aed. ed. 21. 1. Aber diese Stelle handelt von einem Fall, wo es nach dem von den Parteien gebrauchten Ausdruck („ut, nisi placuerit, *redhibeatur*") unzweifelhaft erschien, daß ihr Wille sei, es sollten dem Käufer ohne Weiteres dieselben Rechte zustehen, welche das ädilicische Edict sonst nur für den Fall der Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache gewährt hatte. Vgl. Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 125 fg., Fitting das. III S. 272 fg. 278.

[15] §. 4 I. de emt. 3. 23, l. 20 pr. §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 2 l. 4 pr. D. de in diem add. 18. 2.

Zweifel anzunehmen, daß die Parteien nicht eine aufschiebende, sondern eine auflösende Bedingung gewollt haben[16].

e. Bestärkung des Vertrages.

α. Eid. Conventionalstrafe.

§. 324.

Von der Bestärkung, welche der Eid einem Vertrage zu geben vermag, ist bereits an anderen Orten gehandelt worden[1]. Hier ist hinzuzufügen, daß der Bruch eines beschworenen Vergleichs den Eidbrüchigen seiner Rechte aus dem Vergleiche verlustig macht, während er selbst an denselben gebunden bleibt[2].

Ebenso ist von der Bestärkung des Vertrags durch Conventionalstrafe bereits an einem anderen Orte gehandelt worden[3].

β. Handgeld*.

§. 325.

Ein Handgeld (Draufgeld, Arrha) hat regelmäßig die Bedeutung, ein Zeichen des Zustandekommens des Vertrages zu sein, und dasselbe außer Zweifel zu setzen[1]. Daher muß das Handgeld bei Erfüllung des Vertrages zurückgegeben, oder auf die zu empfangende Gegenleistung angerechnet werden; ebenso muß es zurückgegeben werden, wenn der Vertrag hinterher, durch Uebereinkunft der Parteien oder in sonstiger Weise, seinen Bestand verliert[2]. Jedoch kann auch ausgemacht werden, daß das Hand-

---

16 L. 1 D. de lege comm. 18. 3, l. 2 §. 4 D. pro emt. 41. 4. Seuff. Arch. X. 49. Ueber den Fall einfachen Beliebens s. §. 387 Note 8.

1 S. I §. 38ª, II §. 283. §. 324.

2 S. §. 413 Note 14.

3 S. §. 285. 286.

* Unterholzner I S. 65, Sintenis II S. 307—310, Holzschuher III §. 241, Savigny Obl. II S. 267—271. §. 325.

1 Pr. I. de emt. et vend. 3. 23 („argumentum emtionis et venditionis contractae"), l. 35 pr. D. de contr. emt. 18. 1 („ut evidentius probari possit, convenisse de pretio").

2 Das Hingegebene wird hingegeben, um eine gewisse Function zu erfüllen; nach der Erfüllung oder dem Wegfall des Vertrages kann es diese Function nicht mehr erfüllen, und so ermangelt dann die Voraussetzung, unter welcher

geld behalten werden dürfe. Ist ein Rücktrittsrecht für den Fall der Nichterfüllung bedungen, so kann der Rücktretende das Handgeld behalten, auch ohne daß dieß ausdrücklich verabredet worden ist[3].

Ein Handgeld kann aber möglicherweise auch gegeben werden mit Rücksicht auf einen erst abzuschließenden Vertrag, zu dessen Abschluß noch keine der Parteien verbunden ist; in diesem Falle verliert der den Abschluß Weigernde das Handgeld bez. dessen Werth[4].

Wird etwas in dem Sinne hingegeben, daß der Hingebende gegen Aufopferung des Hingegebenen von dem Vertrage solle zurücktreten dürfen, so liegt darin keine Bestärkung, sondern eine Abschwächung des Vertrages[5].

B. Vergehen (Delicte)*.

§. 326.

Aus Vergehen (I §. 101) entsteht eine doppelte Klasse von Forderungsrechten.

---

es hingegeben worden ist, so daß der Empfänger aus dem Vermögen des Hingebenden ohne rechtfertigenden Grund reicher ist. Dieser Obligationsgrund konnte nach römischem Rechte direct geltend gemacht werden (condictio sine causa [ob causam dati causa finita]), oder wenn der Hauptvertrag ein bonae fidei contractus war, mit der actio aus diesem. L. 11 §. 6 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5 §. 15 D. de inst. 14. 3. Vgl. I §. 97 Note 4, II §. 424 Note 1. — HGB. Art. 285 Abs. 2.

[3] L. 6 pr. D. de lege comm. 18. 3, vgl. l. 8 eod., l. 1 C. de pact. int. emt. 4. 54, und §. 323 Note 12. — In örtlichen Gewohnheitsrechten kommt es häufig vor, daß das Handgeld schlechthin zurückbehalten werden darf, z. B. bei der Miethe des Gesindes.

[4] L. 17 C. de fide instr. 4. 21, §. 1 I. de emt. et vend. 3. 23. Vgl. §. 312 Note 12. — Auf demselben Gedanken beruhen die Vorschriften in l. 38 pr. D. de ritu nupt. 23. 2, l. 5 C. de spons. 5. 1, welche heutzutage unanwendbar sind, weil nach canonischem Rechte beim Verlöbniß kein Rücktritt mehr gestattet ist. Vgl. übrigens Glück XXIV S. 392 fg., namentlich S. 411.

[5] Man spricht in diesem Falle von einer arrha poenitentialis. Vgl. §. 285 Note 18. — HGB. Art. 285 Abs. 1.

§. 326. * Unterholzner I §. 46, Sintenis I §. 29. II. b. und II §. 100, Savigny System V §. 210—212 und Obl. II §. 82—84.

1. Jedes Vergehen, durch welches ein Vermögensschaden verursacht wird, erzeugt ein Forderungsrecht auf Ersatz dieses Schadens (§. 257).

2. Ein Vergehen kann außerdem ein Forderungsrecht auf eine dem Verletzten zu leistende Strafe erzeugen, — Privatstrafe im Gegensatz der öffentlichen Strafe[1]. Die Privatstrafe besteht regelmäßig in einer besondern von dem Thäter zu machenden Geldleistung; in Einem Falle besteht sie in einer besonderen Gestaltung der Ersatzverbindlichkeit[2]. Es kann auch sein, daß ein und dasselbe Forderungsrecht zugleich auf Ersatz und Strafe, geht[3]. — Die römischen Privatstrafen sind heutzutage nicht mehr durchaus praktisch. Sie sind es nicht mehr: a) insoweit das römische Recht mit der Privatstrafe eine öffentliche Strafe in der Weise verband, daß durch die öffentliche Strafe die Privatstrafe ausgeschlossen werden sollte, und auch das heutige Recht noch eine öffentliche Strafe des Vergehens anerkennt[4]; b) insoweit das römische Recht das Vergehen einer öffentlichen Strafe nicht unterwarf, eine solche aber von dem heutigen Rechte eingeführt worden ist[4a]. Darüber

[1] Die actio, mit welcher die Privatstrafe eingefordert wird, ist eine actio poenalis, poenae persequendae causa comparata; ihren Gegensatz bildet die (über den Umkreis der obligatorischen actiones hinausreichende) actio quae rem persequitur, rei persequendae causa comparata, §. 16—19 I. de act. 4. 6, l. 35 D. de O. et A. 44. 7 (vgl. I §. 46 Note 3).

[2] Bei der widerrechtlichen Beschädigung (actio legis Aquiliae). — In unseren Quellen werden zu den actiones poenales auch diejenigen actiones gerechnet, bei welchen eine Steigerung in Folge des Leugnens oder der Vorenthaltung bis zur Klage oder bis zum Urtheil eintritt (§. 263); s. die citirte Institutionenstelle.

[3] In diesem Falle sprechen die Quellen von einer actio mixta, d. h. einer actio, welche zugleich poenam und rem persequitur, §. 16—19 I. de act. 4. 6.

[4] Denn die öffentliche Strafe tritt heutzutage mit Nothwendigkeit ein, während nach römischem Recht in dem bezeichneten Fall der Verletzte zwischen dieser und jener die Wahl hatte. L. 3 D. de priv. del. 47. 1, l. 56 §. 1 l. 92 D. de furt. 47. 2, l. 6 l. 45 D. de iniur. 47. 10, §. 10 I. eod. 4. 4. Eine Ausnahme bildet jedoch auch für das heutige Recht der Fall der Injurie.

[4a] Diese Ausnahme ist nicht in gleicher Weise sicher, wie die vorige. Jedoch erscheint es nicht als zu gewagt, sie aufzustellen. Jedenfalls genießen die Privatstrafen im heutigen Recht keine Gunst, und so darf angenommen werden, daß, wenn das moderne Rechte für ein römisches Privatdelict eine öffentliche Strafe neu eingeführt hat, dieß nicht in cumulativem Sinne geschehen ist.

hinaus aber darf die heutige Anwendbarkeit der römischen Privatstrafen im Principe nicht bestritten werden; es ist nur bei den einzelnen Privatstrafen zuzusehen, ob für sie nicht besondere Gründe der Unanwendbarkeit sich geltend machen[5]. Dieses Letztere

[5] Ueber die heutige Anwendbarkeit der römischen Privatstrafen herrscht keine Uebereinstimmung der Meinungen. Während auf der einen Seite allgemein anerkannt ist, daß heutzutage die Privatstrafe der Injurie fortdauert, so wie daß das heutige Recht eine andere, dem römischen Recht unbekannte, Privatstrafe in dem Schmerzensgelde eingeführt hat, gehen Viele über die zuvor bezeichneten Ausnahmen von der heutigen Anwendbarkeit der römischen Privatstrafen hinaus, und leugnen ihre Anwendbarkeit, abgesehen von dem Falle der Injurie, ganz. Aber für diese Ansicht lassen sich genügende Gründe nicht beibringen. Sie kann sich nicht berufen auf einen allgemeinen Grundsatz des heutigen Strafrechts, nach welchem nur der Staat als Wächter der Rechtsordnung, nicht aber eine Privatperson, die Strafe einfordern könne; dagegen spricht eben die Privatstrafe der Injurie und das Schmerzensgeld. Sie kann sich aber auch ferner nicht berufen auf ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht. Was die Doctrin angeht, so ist die Zahl derjenigen, welche sich für die heutige Anwendbarkeit der römischen Privatstrafen erklärt haben, in Deutschland von jeher der Zahl der Gegner gegenüber eher größer gewesen, als geringer; namentlich gehören dahin: Brunnemann (ad l. ult. i. f. D. de calumniatoribus und ad l. 5 §. 2 D. commod. n. 17), Lauterbach (ad tit. Dig. 47. 1 n. 9), Schilter (exerc. 10 §. 74, exerc. 49 §. 5), Stryk (ad Dig. passim, z. B. III. 6 §. 2, IV. 2 §. 3, XLIV. 7 §. 3 sqq.), Berger (in einer eigenen Diss. de usu actionum poenalium, 1705 und 1740), Leyser (spec. 56 n. 2), J. H. Böhmer (exerc. 93 §. 14), Ad. Dietr. Weber (Versuche über das Civilr. S. 67 fg.), Glück XXIV S. 411, Thibaut (Lehrb. §. 68), Schweppe (Lehrb. III §. 540), v. Wening-Ingenheim (Lehrb. II §. 194), Puchta (Lehrb. §. 261), Wächter (Strafr. I §. 110 Anm. 52), Heffter (Strafr. §. 126). Vgl. auch Unterholzner I §. 124. Ebenso hat es an Fällen wirklicher Anwendung nicht gefehlt (s. darüber namentlich Grass collatio iuris civilis Rom. cum Recess. Imp. sect. 13 p. 39 sqq., I. H. Böhmer Exerc. ad Pand. exerc. 93 §. 14, C. G. A. Gruner Diss. de poenis Romanorum privatis eorumque usu moderno p. 40), obgleich zugegeben werden muß, daß diese Anwendungsfälle nur vereinzelt sind. Will man sich aber über dieselben, eben wegen ihrer Vereinzeltheit, auch hinwegsetzen, und deßwegen einen non usus in Betreff der Privatstrafen annehmen, so entsteht doch die fernere Frage, ob in demselben der Ausdruck einer zu Grunde liegenden Rechtsüberzeugung gefunden werden kann (vgl. Savigny Obl. II S. 315). Denn das ist nun wieder auf der andern Seite vollkommen unbestritten, daß sich eine die Privatstrafe aberkennende Praxis ebensowenig nachweisen läßt. Deßwegen mag man es immerhin als den treibenden Gedanken der modernen Entwicklung des Strafrechts bezeichnen, daß Strafen nur von dem Staate

ist namentlich der Fall bei denjenigen Privatstrafen, die nach römischem Recht von jedem Bürger, auch wenn die Verletzung ihn nicht betraf, eingefordert werden konnten[6].

Entstehen aus Einer zusammenhängenden Handlung mehrere Strafforderungen[7], so ist zu unterscheiden, ob dieselben ihren Grund haben in verschiedenen, in jener Handlung verbundenen Thatbeständen, oder in dem nämlichen, nur von verschiedenen Strafbestimmungen erfaßten Thatbestand. In dem ersten Fall kann jede Strafforderung zu ihrem vollen Betrage geltend gemacht werden[8]. In dem zweiten Falle absorbirt die größere Strafforderung die geringere[9].

---

eingefordert werden sollen; aber man geht, wie ich glaube, zu weit, wenn man den römischen Privatstrafen die Geltung im gemeinen deutschen Recht principiell bestreitet. Die hier vorgetragene Meinung wird auch vertheidigt in der (gründlichen) zuvor citirten Dissertation von Gruner (1805; abgedruckt auch in Chr. Martin Selectarum dissertationum et commentationum iuris criminalis collectio, Ienae 1822. I. p. 68 sqq.); die entgegengesetzte wird ausgeführt in den Dissertationen von Thomasius (de usu actionum poenalium iuris Romani in foro Germaniae (1693), und von Gonne (de poenis lucro actoris cedentibus 1747), s. außerdem Seuffert §. 282, Kierulff S. 173. 174, Sintenis I S. 256, Savigny Obl. II §. 84, Kleinschmidt Arch. f. pract. RW. N. F. I. 3; eigenthümlich Brinz §. 118. Vgl. auch Ihering das Schuldmoment im römischen Privatrecht S. 60 fg. — Auf Art. 157 und 158 der P. G. O. darf man sich für die hier vorgetragene Meinung nicht berufen, da diese Vorschriften amtliches Eingreifen des Richters voraussetzen. Savigny Obl. II S. 320.

[6] Mit einer actio popularis (I §. 46 Note 1). Die actiones populares sind heutzutage überhaupt unpraktisch. Daß der Staat die Einforderung der Strafe dem Verletzten überläßt, kommt, wie jedenfalls die actio iniuriarum beweist, auch heutzutage vor; dagegen darf allerdings als durchgreifender Grundsatz des heutigen Rechts bezeichnet werden, daß der Staat in der Geltendmachung eines öffentlichen Interesses, und so namentlich auch in der Einforderung der Strafe, nicht durch Jeden, der da will, vertreten werden kann. Wächter Strafr. I §. 110 Anm. 52 a. E. und Württemb. Privatr. II S. 428; a. M. auch hier Heffter Strafr. §. 126 Anm. 1. Vgl. noch Bruns Zeitschr. f. RGesch. III S. 410. 411.

[7] Vgl. I §. 121 Note 10.

[8] L. 11 §. 2 D. de servo corrupto 11. 3, l. 14 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5. In dem Falle der ersten Stelle sind verbunden folgende Thatbestände: 1) Einwirkung auf das Gemüth des Sklaven; 2) Bewirkung eines Diebstahls (welche zu Nr. 1 nicht nothwendig ist). In dem Fall der zweiten Stelle ist vorhanden: 1) Versetzung des Sklaven in einen hülflosen Zustand

Auch die Ersatzforderungen aus Delicten haben insofern eine Strafnatur, als der Verpflichtete leisten muß ohne Rücksicht darauf, ob er das zu Ersetzende in seinem Vermögen hat oder nicht. Aus diesem Grunde werden sie in einer wichtigen Beziehung, was nämlich den Uebergang auf die Erben des Verpflichteten angeht, der gleichen Behandlung unterworfen, wie die eigentlichen Strafforderungen[10].

---

durch Entziehung der Kleider; 2) Aneignung der Kleider (welche in Nr. 1 nicht nothwendig enthalten ist).

[9] L. 41 §. 1 D. de O. et A. 44. 7. „Si ex eodem facto duae competant actiones, postea (*posterioris?*) iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat; si tantumdem aut minus, id (l. *nil* oder *id non*) consequatur". Beispiele: actio legis Aquiliae und actio iniuriarum: l. 34 pr. eod.; actio legis Aquiliae und actio arborum furtim caesarum: l. 1 D. arb. furt. caes. 47. 7; actio furti und actio vi bonorum raptorum: l. 88 D. de furt. 47. 2, l. 1 D. vi bon. rapt. 47. 8. Nur scheinbar widersprechend l. 11 D. arb. furt. caes. 47. 7, l. 2 §. 10. 26 D. vi bon. rapt. 47. 8, l. 15 §. 46 l. 25 D. iniur. 47. 10, l. 6 pr. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5, welche Stellen bloß sagen, daß die eine und die andere Strafklage begründet sei, nicht aber, daß die eine und die andere zu ihrem vollen Betrage durchgeführt werden könne, und in dem gleichen Sinne läßt sich ohne Schwierigkeit auch l. 32 D. de O. et A. 44. 7 verstehen. Größere Schwierigkeit macht l. 53 pr. D. eod.; aber auch bei dieser Stelle ist doch die Auslegung nicht unmöglich, daß sie nur sagen will, der Berechtigte bekomme nicht den vollen Betrag einer jeden Klage, sondern nur den der höheren (die Stelle sagt: nur den Betrag Einer, indem sie voraussetzt, daß der Berechtigte zu der höheren greifen wird). L. 60 D. de O. et A. 44. 7 und l. 130 D. de R. I. 50. 17 setzen nicht Einheit der strafbaren Handlung voraus. Einen durchgreifenden Meinungsgegensatz unter den römischen Juristen, und zwar nach einer dreifachen Richtung, nimmt Savigny Syst. V S. 237 fg. an, indem er als letztes Resultat der Entwicklung das unbedingte Nebeneinanderbestehen der mehreren Strafforderungen ansieht; vgl. dagegen Vangerow III §. 572 Anm. Weitere Literaturangaben bei dems.

[10] S. darüber §. 359 Nr. 2. Auch der Ausdruck actio poenalis wird auf sie angewendet, z. B. l. 1 §. 8 D. ne vis fiat 43. 4. Vgl. Savigny Syst. V §. 210, welcher die sinnreiche Bezeichnung „zweiseitige Strafklagen — einseitige Strafklagen" gebraucht. Vgl. auch Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 243 fg.

VI. Veränderung des Forderungsrechtes.

A. In Betreff seines Gegenstandes.

§. 327.

Das Forderungsrecht kann, ohne seine Existenz zu verlieren, verändert werden[1]. Eine solche Veränderung kann es erleiden zuerst in Betreff seines Gegenstandes, d. h. der Leistung, zu welcher es den Schuldner verpflichtet. Die Aenderung des Gegenstandes kann darin bestehen, daß etwas zu dem Inhalt der geschuldeten Leistung hinzugefügt wird, oder darin, daß etwas von dem Inhalt der geschuldeten Leistung abgenommen wird[2], oder auch darin, daß an die Stelle des bisherigen Leistungsinhaltes ein ganz anderer tritt[3]. Von besonderen hierher gehörigen Fällen ist im bisherigen Verlauf der Darstellung bereits die Rede gewesen, so von der Aenderung des Gegenstandes, welche eintritt in Folge von Streitbeginn und Urtheil (I §. 124. 129), in Folge der Weigerung des Schuldners (§. 263), in Folge des Unmöglichwerdens der Leistung (§. 264. 265), in Folge des Verzugs (§. 276). Hier ist noch die Frage zu beantworten, ob eine Aenderung des Gegenstandes der Forderung auch dadurch eintritt, daß die zu leistende Sache einen Gewinn abwirft, d. h. ob das Forderungsrecht auch diesen Gewinn ergreift[4]. Diese Frage ist der Natur der Sache nach zu bejahen für denjenigen Gewinn, welcher einen integrirenden Bestandtheil der zu leistenden Sache bildet[5]; im Uebrigen darf sie weder unbedingt bejaht, noch unbe-

[1] Ohne seine Existenz zu verlieren: — das jetzt vorhandene Forderungs- §. 327.
recht ist kein neu erzeugtes; es ist kein anderes Individuum, als das früher vorhandene Forderungsrecht. Daher dauern, so weit die Umgestaltung nicht reicht, alle anderen rechtlichen Bestimmtheiten des Forderungsrechtes fort, so namentlich Einreden, Privilegien, Pfandrechte, Bürgschaften, andere Accessionen.

[2] Beispiele: Verzugszinsen; theilweiser Untergang der zu leistenden Sache ohne Schuld des Schuldners.

[3] So, wenn in Folge des Unmöglichwerdens der Leistung der Schuldner zur Leistung des Interesse verpflichtet wird.

[4] Ihering Abhandlungen Nr. 1 (1844). Mommsen Erörterungen aus dem Obligationenrecht 1. Heft (1859).

[5] Dahin gehört z. B. die Anschwemmung, §. 3 I. de emt. 3. 23, l. 7 pr. de per. 18. 6, l. 10 §. 1 D. de I. D. 23. 3, l. 16 D. de leg. III° 32

dingt verneint, sondern sie muß für jedes einzelne Forderungsrecht besonders beantwortet werden[6]. Wo aber auch der Gläubiger Anspruch auf den Gewinn der Sache hat, hat er doch nur Anspruch auf denjenigen Gewinn, welchen wirklich die zu leistende Sache selbst abwirft, nicht auf denjenigen, zu welchem die zu leistende Sache nur Veranlassung gegeben hat[7]. — Man hat zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage die Regel aufgestellt, daß derjenigen von den in der Obligation einander gegenüberstehenden Parteien der Gewinn der Sache gebühre, welche auch die Gefahr der Sache trage, d. h. welcher ein zufälliges dieselbe betreffendes Ereigniß zum Schaden gereiche[8]. Diese Regel ist aber nicht richtig[9], wie denn namentlich derjenige, welcher aus einem wohl-

---

(die zuletzt genannte Stelle stellt der Anschwemmung die im Fluß entstandene Insel gleich, ohne Zweifel unter dem Gesichtspunkt, daß auch sie als Fortsetzung des anschießenden Grundstücks angesehen werden kann); ferner gehört hierher der Fall der Verbindung einer beweglichen Sache mit einer andern beweglichen oder unbeweglichen Sache, sowie der Fall der juristischen Accession, z. B. durch Wegfall eines das Eigenthumsrecht beschränkenden dinglichen Rechtes. Ob aber in diesen Fällen nicht für denjenigen, welcher mit dem Gegenstand selbst auch dessen Bestandtheile herausgeben muß, ein Entschädigungs- oder Restitutionsanspruch begründet ist, ist eine besonders zu beantwortende Frage. Mommsen a. a. O. S. 16—24.

[6] So hat z. B. der Käufer Anspruch auf den Gewinn der Sache (§. 389 Note 15), dagegen nicht z. B. der Vermächtnißnehmer (l. 23 D. de leg. I° 30, l. 26 D. de leg. III° 32, l. 8 D. de usur. 22. 1, l. 4 C. eod. 6. 47, Nov. 131 c. 12). Das Gleiche ist zu behaupten für jedes Forderungsrecht aus einem wohlthätigen Grunde. S. l. 31 §. 2 C. de I. D. 5. 12 und Mommsen S. 35—41.

[7] Er hat Anspruch nur auf das lucrum ex re (l. 21 D. de her. vel act. vend. 18. 4), so namentlich auf die Früchte, die auf den Eigenthümer fallende Hälfte des Schatzes, l. 7 §. 12 D. sol. matr. 24. 3 (Jhering S. 8, Mommsen S. 56 Note 5); aber nicht z. B. auf das auf dem geschuldeten Grundstück erlegte Wild, nicht auf das lucrum ex negotiatione perceptum (l. 21 cit.). Nähere Ausführung in der citirten Abhandlung von Jhering und bei Mommsen a. a. O. §. 5. 10.

[8] Auch in den Quellen findet sich dieser Satz sowohl im Allgemeinen ausgesprochen (§. 3 I. de emt. 3. 23, l. 10 D. de R. I. 50. 17, l. 22 §. 3 C. de furt. 6. 3), als vielfach im Einzelnen angewendet.

[9] Dieß nachgewiesen zu haben, ist das Verdienst von Mommsen. Wie wenig darauf Gewicht gelegt werden darf, wenn die Quellen ihre Entscheidungen

thätigen Rechtsgeschäft etwas zu fordern hat, obgleich er die Gefahr trägt, auf den Gewinn keinen Anspruch hat[10]. Die bezeichnete Regel ist wahr in einem ganz anderen Sinn[11], nämlich in dem Sinn, daß demjenigen, welcher die Gefahr eines bestimmten Ereignisses trägt, auch der von diesem Ereigniß verursachte Gewinn gebührt[12].

---

mit Berufung auf die bezeichnete Regel motiviren, zeigen l. 18 D. de I. D. 23. 3, l. 66 §. 3 D. sol. matr. 24. 3.

[10] Note 6. Ebenso wenig gibt die vertragsmäßige Uebernahme der Gefahr ohne Weiteres einen Anspruch auf den an und für sich nicht gebührenden Gewinn, obgleich in dieser Beziehung Vat. fr. §. 114 Schwierigkeit macht. Mommsen S. 32—33. 45—50. Vgl. auch l. 38 §. 7. 15 D. de usur. 22. 1 (Mommsen S. 28. 33—36).

[11] Daß die bezeichnete Regel einen doppelten Sinn hat, ist auch von Ihering nicht verkannt, aber erst von Mommsen scharf hervorgehoben worden.

[12] Ihering S. 30 fg., Mommsen §. 7—9. Anwendungen. a) Wenn die Leistung dem Schuldner durch das Delict eines Andern unmöglich wird, so gebühren die aus diesem Delicte sich ergebenden Ansprüche dem Schuldner oder Gläubiger, je nachdem der Schuldner für die Unmöglichkeit Ersatz geben muß oder nicht. Der Anspruch wird demjenigen, welchem er gebührt, entweder unmittelbar gegeben (so namentlich, wenigstens regelmäßig, die actio furti, §. 17 I. de obl. quae ex del. 4. 1, l. 14 §. 16 D. de furt. 47. 2), oder ihm durch erzwungene Cession verschafft (l. 25 §. 8 l. 60 §. 2 D. loc. 19. 2, l. 12 D. de re iud. 42. 1, l. 14 pr. l. 80 pr. D. de furt. 47. 2). Nähere Ausführung bei Ihering S. 30—58, Mommsen S. 84—107; s. aber auch Dernburg Pfandrecht I S. 147—149. b) Wer fremdes, überhaupt zu restituirendes, Geld auf Zinsen ausleiht, behält die gezogenen Zinsen oder behält sie nicht, je nachdem er die Gefahr der Ausleihung trägt, oder nicht. L. 10 §. 8 D. mand. 17. 1, l. 67 §. 1 D. pro soc. 17. 2. Ihering S. 60; vgl. übrigens Mommsen S. 9 fg. Keinen Widerspruch enthält l. 6 §. 1 D. de pign. act. 13. 7; vgl. Dernburg Pfandrecht II S. 221. c) Der Verkäufer einer Sache braucht, wenn dieselbe ohne seine Schuld zu Grunde geht, dem Käufer das durch einen zweiten Verkauf erzielte Kaufgeld nicht herauszugeben; durch den zweiten Verkauf hat sich in seinen Verpflichtungen gegen den ersten Käufer nichts geändert. L. 21 D. de her. vel act. vend. 18. 4; Ihering S. 58 fg., Mommsen S. 109—111 (vgl. aber auch Ihering Jahrb. f. Dogm. III S. 453 fg. und unten §. 390 Note 16). — Ueber l. 17 pr. D. de R. V. 6. 1 s. Ihering S. 70 fg., Mommsen S. 112; über l. 33 §. 1 l. 36 §. 3 D. de H. P. 5. 3 s. Ihering S. 69. 77.

B. In Betreff seiner Subjecte*.

1. Durch Gesammtnachfolge.

§. 328.

Das Forderungsrecht kann ferner eine Veränderung erleiden in Betreff seiner Subjecte, so daß an die Stelle des bisherigen Gläubigers ein anderer Gläubiger, an die Stelle des bisherigen Schuldners ein anderer Schuldner tritt. Dieß ist noch in verschiedener Weise möglich.

1. Das Forderungsrecht geht auf ein anderes Subject über in und mit dem Vermögen, zu welchem es gehört; die Rechtsnachfolge, welche stattfindet, ist eine Gesammtnachfolge. Die nähere Betrachtung dieses Falles gehört in das Erbrecht.

2. Das Forderungsrecht geht als solches, als dieses einzelne Rechtsverhältniß, auf ein anderes Subject über; es findet eine Sondernachfolge Statt. Von diesem Fall ist hier näher zu reden. Dabei muß aber besonders gehandelt werden von der activen Seite des obligatorischen Rechtsverhältnisses, der Forderung in diesem Sinne, und der passiven Seite, der Schuld.

2. Durch Sondernachfolge.

a. Sondernachfolge in die Forderung*.

Einleitung.

§. 329.

Das römische Recht ist davon ausgegangen, daß eine Sondernachfolge in die Forderung unzuläßig sei. Der Grund dieses

§. 328. * Das Hauptwerk über diese Lehre ist noch immer das von Mühlenbruch: die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 1. Aufl. 1817, 3. Aufl. 1836. Eine neue Bearbeitung hat in der jüngsten Zeit Alb. Schmid unternommen: die Grundlehren der Cession, 1. Theil 1863, 2. Theil 1866. Eine Recension dieses letzteren Werkes von Bechmann findet sich im 2. Hefte des 10. Bandes der krit. VJSchr. S. ferner Puchta's Artikel „Cession" in Weiske's Rechtslexicon II S. 636—664 (1839, auch in den kleinen civilistischen Schriften Nr. 27, und nach den letzteren hier citirt), Glück XVI S. 338 fg.; Fritz Erläuterungen II S. 198 fg., Unterholzner I S. 598 fg., Vangerow III §. 574—576, Sintenis II S. 385 fg. 790 fg., Brinz §. 130. 131, Keller §. 280—283.

Satzes ist vornehmlich darin zu suchen[1], daß durch das Eintreten eines neuen Gläubigers auch der Inhalt der Leistung des Schuldners geändert wird[2], und eine solche Aenderung, nahm das römische Recht ursprünglich an, brauche der Schuldner sich ohne seine Zustimmung nicht gefallen zu lassen; seine Zustimmung aber war nach der Auffassung des römischen Rechts nur wirksam in der Form eines Vertrages mit dem Gläubiger, durch welchen die bestehende Obligation aufgehoben, und eine neue an ihre Stelle begründet wurde[3]. Wollte daher ein Gläubiger unter Aufrechterhaltung seiner Obligation einem Andern den Vortheil derselben verschaffen, so blieb ihm nichts Anderes übrig, als diesen Anderen zu bevollmächtigen, in seinem, des Gläubigers, Namen die Leistung einzufordern[4], und das Eingeforderte für sich zu behalten[5]. — Das römische Recht hat aber diesen ursprünglichen Standpunkt nicht festgehalten. Im Laufe der Zeit hat es anerkannt, daß der Schuldner sich allerdings gefallen lassen müsse,

---

* Dig. 18. 4 Cod. 4. 39 de hereditate vel actione vendita. §. 329.

[1] Es mag auch sein, daß der Mangel einer Uebertragungsform mitgewirkt hat, worauf in meiner Schrift über die Actio (S. 164) das ausschließliche Gewicht gelegt ist (s. auch Brinz S 560). Vgl. Gai. II. 38. „Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum" (gemeint ist mancipatio, in iure cessio, traditio) „recipiunt; nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum".

[2] Die Leistung von 100 an A hat einen anderen Inhalt, als die Leistung von 100 an B. Daß durch das Eintreten eines neuen Gläubigers der Inhalt der Leistung des Schuldners geändert wird, ist in meiner in der vorigen Note bezeichneten Schrift S. 151—153 mit Unrecht geleugnet worden. Der Begriff der Leistung schließt ein Subject, an welches geleistet wird, ein. Man kann z. B. geben nicht schlechthin; man kann nur Jemandem geben. S. Scheurl Beiträge I S. 15. krit. Ueberschau I S. 331.

[3] Gajus fährt an der in Note 1 bezeichneten Stelle fort: — „sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri, quae dicitur novatio obligationis".

[4] Gajus fährt fort (II. 39): „Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi cognitor aut procurator meus, experiri". Die Vollmacht (mandatum) wurde auf die actio als das Aeußerste gerichtet; die Befugniß zur Eintreibung der Leistung auf gütlichem Wege verstand sich dabei von selbst.

[5] Der Bevollmächtigte war kein gewöhnlicher procurator, sondern ein procurator „in rem suam".

daß durch Sondernachfolge ein Anderer die Befugniß erwerbe, statt des Gläubigers in seinem eigenen, nicht des Gläubigers Namen, das dem Gläubiger Geschuldete einzufordern[6]. Trotzdem hat das römische Recht den Satz bestehen lassen, daß die obligatio nicht übergehen könne; es gewährt dem neu Eintretenden nur actio, während es dem bisherigen Gläubiger die obligatio läßt[7]. Aber materielle Bedeutung legt es der in der Person des

[6] Das römische Recht drückt dies so aus: es kann ein Anderer actio suo nomine erwerben. Diese actio ist aber, da sie einer Person gegeben wird, welcher sie eigentlich nicht gegeben werden sollte — dem Nichtgläubiger — keine directa, sondern eine utilis actio. L. ult. C. quando fiscus 4. 15. „In solutum nomine dato non aliter nisi mandatis actionibus *ex persona sui debitoris* adversus eius debitores creditor experiri potest, *suo* autem *nomine utili actione* recte utetur“. L. 18 C. de leg. 6. 37. „Ex legato nominis, actionibus ab his qui successerunt non mandatis, *directas* quidem *actiones* legatarius habere non potest, *utilibus* autem *suo nomine* experietur“. L. 9 C. h. t., l. 55 D. de proc. 3. 3, s. auch l. 5 C. h. t. Die utilis actio wurde sowohl gewährt, wenn ein mandatum ertheilt worden, dieses aber untergegangen war (l. 55 D. cit., l. 1 C. de O. et A. 4. 10, l. 33 C. de don. 8. 54), als auch ohne alles mandatum, auf Grund des erklärten Willens, daß die Forderung auf einen Andern übergehen solle (l. 16 pr. D. de pact. 2. 14, l. 2 C. de O. et A. 4. 10, l. ult. C. quando fisc. 4. 15, l. 5. 7. 8. 9 C. h. t., l. 18 C. de leg. 6. 37, l. 4 C. quae res pign. 8. 17, l. 3 C. de nov. 8. 42, l. 33 C. de don. 8. 54), oder nach gesetzlicher Regel auf Grund anderer Thatsachen (z. B. geführter Vormundschaft). Ueber die allmälige Ausbildung der utilis actio, welche erst der Kaiserzeit angehört, s. Mühlenbruch S. 188 fg., Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 381 fg., vgl. Schmid I S. 194 fg., v. Salpius Novation und Delegation S. 394—414. Ueber die eigentliche Bedeutung der utilis actio herrscht übrigens keine Uebereinstimmung. Das Richtige ist: die utilis actio ist schlechthin eine eigene actio (s. Note 7). Die herrschende Meinung hält sie aber für eine fremde actio, welche ein Anderer als der Berechtigte kraft eigenen Rechtes ausübe. Vgl. hierüber Windscheid die Actio 2c. S. 126 fg.; dagegen Muther zur Lehre von der römischen Actio S. 126 fg.; dagegen wieder Windscheid Abwehr S. 56 fg. S. auch v. Salpius a. a. O., auch S. 414—426, Schmid II S. 170 fg. Wie ihre Formel concipirt worden sei, muß dahin gestellt bleiben; daß dieselbe aber nicht so gelautet hat, wie neuerlich Schmid I §. 3. 18 nachzuweisen gesucht hat, scheint mir vollkommen sicher.

[7] D. h. näher: der neu Eintretende kann sich auf das ius nicht berufen; das ius steht fortwährend dem bisherigen Gläubiger zur Seite. Aber Recht gesprochen wird für den neu Eintretenden in gleicher Weise, als wenn ihm, und nicht dem bisherigen Gläubiger, das ius zur Seite stände. Es tritt an diesem Punkte, wie an so vielen anderen, die Selbständigkeit der römischen

bisherigen Gläubigers fortdauernden obligatio nicht bei[8], und so ist für uns, die wir den Gegensatz zwischen ius und actio nicht kennen, das Resultat, daß die Forderung als solche auf ein anderes Subject übergehen kann. Damit stimmt die heutige Lebensauffassung und die darauf gegründete Rechtsübung[9] vollkommen überein[10]. —

Jurisdictionsordnung hervor. Vgl. I §. 44. Deßwegen eben ist auch die dem neu Eintretenden gewährte actio eine schlechthin eigene actio; es wird ihm nicht die actio desjenigen gegeben, welcher fortfährt, Subject der Obligation zu sein, sondern es wird ihm actio statt des Obligationssubjectes gegeben. — Wenn in den Quellen auch von einer Uebertragung der *obligatio*, des *debitum* die Rede ist (l. 2 §. 8 D. h. t., l. 5 §. 2 D. quib. mod pign. 20. 5, l. 64 §. 4 D. sol. matr. 24. 3, l. 64 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 23 C. mand. 4. 35), so ist das eine ungenaue Ausdrucksweise, vgl. l. un. C. etiam ob chirogr. 8. 27: — „si novatione facta in alium ius obligationis transtulisti". In gleicher Weise ungenau reden l. 7 §. 8 D. de dolo 4. 3, l. 27 §. 3 D. de min. 4. 4. u. a. m. (Kuntze Wechselrecht S. 315 Note 13).

[8] Das Verhältniß ist kein anderes, als wenn der Eine als heres, der Andere als (dem heres vorgehender) bonorum possessor anerkannt wird, der Eine als dominus ex iure Quiritium, während von dem Anderen ausgesagt wird, daß er die Sache „in bonis" habe. — Freilich ist der im Texte aufgestellte Satz nicht unbestritten. S. unten Note 10 und §. 331 Note 8 Nr. 3; vgl. auch §. 332 Note 2. 12. Auch Seuff. Arch. I. 27.

[9] Wenn nicht schon das römische Recht die Sondernachfolge in Forderungen im praktischen Resultate anerkannt hat (s. die vorige Note), so steht dieselbe doch für das heutige Recht durch Gewohnheitsrecht fest. Man hat dieses Gewohnheitsrecht bestritten, indem man geltend gemacht hat, daß nur der materielle Gehalt der Rechtssätze, nicht aber auch die juristische Construction derselben durch das Rechtsbewußtsein des Volkes bestimmt werden könne (Vangerow III S. 115). Aber es wird ja für das hier fragliche Gewohnheitsrecht kein anderer, als ein materieller Gehalt in Anspruch genommen; es wird nichts Anderes behauptet, als daß das heutige Rechtsbewußtsein und die darauf beruhende Uebung das Forderungsrecht als jeder Einwirkung aus der Person des bisherigen Gläubigers entzogen auffasse. Ist dieß richtig, und ich glaube nicht, daß es bestritten werden kann, so ist freilich eine fernere Frage, wie der von dem Gewohnheitsrecht geforderte Satz theoretisch construirt, d. h. mit feststehenden Begriffen vermittelt werden soll. Aber auch die Nothwendigkeit dieser Vermittelung nöthigt uns nicht dazu, jenem Satz einen anderen Ausdruck zu geben, als den, daß das Forderungsrecht sich von dem bisherigen Gläubiger ablöse, und auf den neu Eintretenden übergehe. S. hierüber die folgende Note. Vgl. auch Windscheid die Actio 2c. S. 170—171.

[10] Der Satz, daß es eine Sondernachfolge in Forderungen gebe, ist weit davon entfernt, von der heutigen Rechtstheorie allgemein anerkannt zu sein.

Den Act, durch welchen eine Forderung auf einen neuen Gläubiger übertragen wird, nennt man heutzutage nach Vorgang des römischen Rechts gewöhnlich Cession; diejenige Person, auf

---

Vielmehr hält die herrschende Meinung noch immer an der Unübertragbarkeit der Forderung fest, und bestimmt demgemäß die Rechtsstellung des neu Eintretenden im Wesentlichen dahin, daß derselbe ein eigenes Recht auf Ausübung einer fremden Obligation erwerbe (vgl. übrigens Windscheid die Actio &c. S. 172 fg., wo auch über die eigenthümliche Auffassung Kuntze's [die Obligation &c. §. 66. 82, jetzt hinzuzufügen Inhaberpapiere §. 54—58, aber auch die Anmerkung zu Holzschuher III S. 151] Bericht erstattet ist). Der Hauptgrund dieser herrschenden Meinung ist der, daß die Forderung ihrem Begriffe nach unübertragbar sei. Aber so oft und so lebhaft dieß behauptet worden ist (so neuerdings wieder von Siebenhaar Zeitschr. f. RPflege und Verwalt. im KR. Sachsen N. F. XXVIII S. 289 fg. [1866]), so kann es doch nicht als richtig anerkannt werden. Die Forderung ist unübertragbar, wenn der Inhalt der geschuldeten Leistung (vgl. Note 2) zur Wesenheit der Forderung gehört. Aber wenn man zugesteht, daß die Wesenheit der Forderung sich nicht ändert, wenn z. B. an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung eine Geldentschädigung tritt, d. h., daß abgesehen von dieser einen Aenderung alle rechtlichen Bestimmtheiten des Forderungsrechts fortdauern: warum soll es denn anders sein, wenn der Schuldner verpflichtet wird, statt an A an B zu leisten? Vgl. über und gegen die Versuche, welche man gemacht hat, die begriffsmäßige Unübertragbarkeit der Forderung nachzuweisen, Windscheid die Actio &c. S. 148 fg.; s. aber auch Kuntze Inhaberpapiere §. 54—58. Auch die neueste Bearbeitung der Cessionslehre von Schmid gibt dem neu Eintretenden nur ein eigenes Recht auf Ausübung eines in der Person des Cedenten fortdauernden Forderungsrechtes, obgleich bei diesem Schriftsteller das Dogma von der begriffsmäßigen Unübertragbarkeit des Forderungsrechts weniger in den Vordergrund tritt (vgl. II S. 438). Schmid zieht aus dieser Auffassung auch praktische Consequenzen, s. II S. 181 fg. 347 fg. 437 fg. — Von der andern Seite ist die Sondernachfolge in Forderungen auch nicht ohne alle Anerkennung geblieben. Namentlich haben sich für dieselbe ausgesprochen: Delbrück die Uebernahme fremder Schulden (1853, s. über diese Schrift Windscheid krit. Ueberschau I S. 27 fg., und vgl. zu derselben Köppen die Erbschaft S. 18—19. 110. Erbrecht S. 244 fg.), Seuffert Pandekt. §. 297 Note 4, Brinz krit. Blätter II S. 34 und Pandekt. §. 130, Beseler deutsch. Privatr. §. 118, Bluntschli deutsch. Privatr. §. 110 Nr. 2, Förster Preuß. Privatr. I S. 604 fg., Rudorff zu Puchta §. 280. a, Gürgens Jahrb. f. Dogm. VIII S. 228 fg. Auch v. Salpius Novation und Delegation S. 345 vertheidigt die Möglichkeit einer Singularsuccession in Forderungen, begnügt sich freilich für den Begriff der Singularsuccession mit der Identität des Inhalts zwischen dem Recht des Rechtsurhebers und dem des Nachfolgers. Eine eigenthümliche Stellung zur Frage nimmt Bähr Jahrb. f. Dogm. I. 8 (1857) ein; derselbe

welche die Forderung übertragen wird, Cessionar, den übertragenden Gläubiger Cedent[11].

α. Act der Uebertragung.

§. 330.

Die Uebertragung kann erfolgen: 1) durch Willenserklärung des bisherigen Gläubigers; 2) durch richterliche Verfügung; 3) unmittelbar durch gesetzliche Bestimmung[1].

1) Willenserklärung des bisherigen Gläubigers[2]. Dieselbe kann sowohl eine letztwillige sein[3], wie eine Willenserklärung unter Lebenden. Im letzten Fall ist Annahme von Seiten desjenigen erforderlich, auf welchen die Forderung übergehen soll; bis dahin kann die Uebertragungserklärung zurückgenommen werden[4]. Der Grund, aus welchem die Uebertragung erfolgt, kann von so mannichfaltiger Art sein, wie der Grund einer jeden Vermögenszuwendung[5]; namentlich kann er auch in einer Uebertra-

---

faßt, ohne darin einen Widerspruch zu finden, den neu Eintretenden in seinem Verhältniß zum Gläubiger als Sondernachfolger desselben, in seinem Verhältniß zum Schuldner als Stellvertreter des Gläubigers auf (S. 360. 361. 371. 372. 401. 411—413 — S. 361. 407 fg.). Mit Bähr geht Arndts §. 254. 256. — Ueber das ältere deutsche Recht s. Stobbe Zeitschr. f. RGesch. XI S. 399 fg.

[11] Die quellenmäßigen Ausdrücke sind: cedere actione (oder actionem), cessio actionis. Die Quellen wenden diese Ausdrücke nur auf den Fall an, wo die Uebertragung durch die Willenserklärung des bisherigen Gläubigers erfolgt; die Neueren aber sprechen — nicht gerade sehr passend — von Cession und Cessionar auch in den Fällen, wo der Uebergang der Forderung auf richterlicher Verfügung oder gesetzlicher Vorschrift beruft. Der Ausdruck „Cedent" versagt in diesen Fällen den Dienst.

[1] Genauer: durch eine gesetzliche Bestimmung, welche an eine andere Thatsache anknüpft, als die Willenserklärung des bisherigen Gläubigers oder richterliche Verfügung. Vgl. I §. 68 Note 1. §. 330.

[2] Mühlenbruch §. 41. 42.

[3] Nomen legatum. L. 18 C. de legat. 6. 37.

[4] Das Verhältniß ist das gleiche, wie bei der Eigenthumsübertragung. Vgl. I §. 171 Note 1.

[5] Wenn der Satz aufgestellt wird, daß die Cession einer iusta causa bedürfe, so ist das in keinem andern Sinne wahr, als das Gleiche für die Tradition wahr ist: es muß aus den vorliegenden Thatsachen ersichtlich sein, daß der Wille wirklich auf die Uebertragung der Forderung gerichtet ist. Einzelne iustae causae in diesem Sinne: Kauf, Tausch, Mitgiftbestellung,

gungsverpflichtung liegen, so daß die Uebertragung als Erfüllung dieser Verpflichtung erscheint[6]. Die näheren Grundsätze für die Uebertragungserklärung sind die nämlichen, wie für die Willenserklärungen überhaupt (I §. 69 fg.).

2) Richterliche Verfügung[7]. Durch richterliche Verfügung kann eine Forderung übertragen werden: a) im Theilungsurtheil[8]; b) durch ein Urtheil, welches die Verpflichtung zur Uebertragung ausspricht, und hinzufügt, daß die Uebertragung als geschehen gelten solle, falls dieser Verpflichtung nicht freiwillig genügt werde[9].

3) Gesetzliche Bestimmung[10]. Die einzelnen hierher gehörigen Fälle stehen unter einer allgemeinen Regel nicht[11]. Namentlich ist es falsch, die Regel aufzustellen, daß in allen Fällen, in welchen ein Gläubiger zur Uebertragung seiner Forderung verpflichtet

---

Erfüllung einer Verbindlichkeit rc. Vgl. die in §. 329 Note 6 citirten Stellen und Schmid I §. 21—24. — Nothwendigkeit der Anführung eines Cessionsgrundes in der Klageschrift? S. E. A. Seuffert in Seuffert Pand. §. 298 Note 4, Schmid II S. 433.

[6] Auf diesen Fall bezieht sich der Begriff der cessio necessaria, welchen man gegenüber dem Begriff der cessio voluntaria aufzustellen pflegt. Man versteht aber unter cessio necessaria nicht jede auf Grund einer Cessionsverbindlichkeit erfolgende Cession, sondern nur die auf Grund einer nicht freiwillig übernommenen Verbindlichkeit erfolgende. Vgl. Mühlenbruch §. 36—39, Puchta S. 460; aber auch Schliemann Haftung des Cedenten S. 22, Arndts §. 255 Anm. 3. — Man bemerke noch: beim Verkaufe einer Forderung liegt die Uebertragungserklärung in dem Verkaufe selbst; der Verkauf begründet nicht erst eine Uebertragungsverpflichtung, welcher dann durch einen besonderen Uebertragungsact genügt werden müßte. Ebenso beim Tausche, bei der Schenkung, und überhaupt bei jedem Entäußerungsgeschäft (§. 321 Note 18). — Specielle Frage: hängt beim Kaufe die rechtliche Wirkung der Forderungsübertragung in derselben Weise von der Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises ab, wie davon die rechtliche Wirkung der Eigenthumsübertragung abhängt (I §. 172 Note 19)? S. über diese Frage Mühlenbruch S. 456, Puchta a. a. O. S. 462 und Vorlesungen II S. 131—132, Strempel über die iusta causa bei der Tradition S. 120, Buchner Arch. f. prakt. RW. V S. 161 fg., Hoffmann das. S. 182 fg., Schmid I S. 203, Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 300 fg.

[7] Mühlenbruch §. 40, Schmid I S. 187—189.

[8] L. 3 D. fam. herc. 10. 2.

[9] Vgl I §. 173 Note 5.

[10] Mühlenbruch §. 43—45, Schmidt §. 25—50. Man spricht in diesem Falle von einer cessio legis.

[11] Beispiele: l. 8 §. 16 D. de inoff. 5. 2, l. 13 §. 25 D. de A. E. V. 19. 1.

ist, die Forderung nach gesetzlicher Bestimmung sofort, auch ohne Uebertragung von Seiten des Gläubigers, übergegangen sei[12].

β. Wirkung der Uebertragung*.

§. 331.

Die Uebertragung macht den Erwerber zum Gläubiger. Er kann nicht bloß die Forderung einziehen[1], sondern auch in anderer Weise über dieselbe verfügen[2]. Stirbt er, so geht sie mit seinem übrigen Vermögen auf seine Erben über[3]. Aber die Uebertragung bewirkt nicht auch sofort, daß der bisherige Gläubiger aufhöre, Gläubiger zu sein. Auch er also kann die Forderung einziehen,

---

[12] Diese Regel wird namentlich von Puchta (kl. Schriften S. 461—463, Pandekt. §. 281, Vorlesungen II S. 131—132) und Savigny (Oblig. I S. 243 fg.) verfochten; für dieselbe auch die Entscheidungen bei Seuff. Arch. III. 259, VI. 313, XIV. 23, XVI. 40. Gegen dieselbe haben sich erklärt: Mühlenbruch S. 470, Windscheid die Actio ꝛc. §. 20, Brinz S. 567, Arndts §. 255 Anm. 4, Vangerow III S. 85, Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 399 fg., Zimmermann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. Pr. XV. 4, Zaun Arch. f. prakt. RW. N. F. I S. 18—27, Thöl Handelsr. I §. 24 Note 7, Schmid I S. 189—192. II S. 432. Das Hauptargument gegen diese Regel ist folgendes: wenn bei den übrigen Vermögensstücken, und namentlich beim Eigenthum, die Verpflichtung zur Uebertragung nicht gleich der Uebertragung ist: warum soll sie es bei der Forderung sein? Außerdem sprechen gegen die Regel direct l. 49 §. 2 D. de acq. vel am. poss. 41. 2, §. 4 I. de fidei. 3. 20, l. 11 C. eod. 8. 41 in Verbindung mit l. 17 D. eod. 46. 1; vgl. auch l. 18 D. de pec. leg. 33. 8, l. 17 §. 2 D. de exc. dol. 44. 4. — E. A. Seuffert in Seuffert Pand. §. 298 Note 8 erklärt sich zwar im Uebrigen gegen die herrschende Meinung, will sie aber festgehalten wissen für den Fall des Concurses des Cessionsverpflichteten auf Grund von l. 2 D. de inst. act. 14. 3, l. 5 D. de praet. stip. 46. 5, welche Stellen doch nur von einem zur Cession verpflichteten Geschäftsführer handeln. S. auch HGB. Art. 368.

* Mühlenbruch §. 46—62, Schmid II §. 30—39. §. 331.

[1] Nach römischer Auffassung: es wird ihm auf Verlangen actio gegeben.

[2] Veräußerung: l. 33 C. de don. 8. 54 (vv. *quod et in procuratore*). Erlaß: l. 13 §. 1 l. 16 pr. D. de pact. 2. 14, vgl. l. 8 §. 2 D. quib. mod. pign. 20. 6. Eid: l. 17 §. 3 D. de iurei. 12. 2. Das Compensationsrecht wird dem bloßen in rem suam procurator noch abgesprochen von Papinian in l. 18 D. de comp. 16. 2. Vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 376—377, Schmid II S. 21 fg. 110. 433; aber auch Mühlenbruch S. 612, E. A. Seuffert in Seuffert Pand. II S. 161 unt. S. 162.

[3] L. 1 C. de O. et A. 4. 10 l. 33 C. de don. 8. 54.

ohne daß der Schuldner sich auf die geschehene Uebertragung berufen dürfte[4]. Ebenso kann er in anderer Weise über die Forderung verfügen[5], und auch er überträgt, wenn er stirbt, die For-

[4] Für den aufgestellten Satz beweisen folgende Stellen. a) L. 3 C. de nov. 8. 42 (Gordianus a. 240). „Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit, *exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris*, et eo modo tui creditoris exactionem adversus eum inhibere". Man darf dieser Stelle gegenüber nicht geltend machen wollen, daß sie nur vom Standpunkte der mandata actio aus rede, wie Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 378 fg. thut. Daß die Stelle die utilis actio nicht nennt, ist nicht auffallender, als die gleiche Erscheinung in l. ult. D. de transact. 2. 14, deren Entscheidung entschieden auf der utilis actio beruht. Allerdings läßt sich gerade bei der in solutum datio ein directes Zeugniß für die utilis actio erst aus einer späteren Zeit beibringen (aus dem J. 294, l. 5 C. quando fiscus 4. 15); aber bereits drei Jahre nach der l. 3 cit. wird die utilis actio von demselben Kaiser, von welchem diese letztere Stelle herrührt, bei einem kaufähnlichen Geschäft (für die Kaufähnlichkeit der in solutum datio: l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 4 C. de evict. 8. 45) in einem Rescripte anerkannt, ohne Andeutung, daß damit etwas Neues eingeführt werde (l. 1 C. de O. et A. 4. 10 in Verbindung mit l. 76 D. de sol. 46. 3, vgl. auch l. 2 C. de O. et A. [vv. *saepe rescriptum est*], l. 8 C. h. t. 4. 39 [vv. *secundum ea quae pridem constituta sunt*]). Dazu kommt, daß mit dem Standpunkt der mandata actio die Worte „vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit" unvereinbar sind. Bähr hält nun zwar diese Worte für interpolirt; aber einen Beweis dafür hat er nicht beigebracht. Und zugegeben auch, sie seien interpolirt, so haben doch gerade durch diesen Zusatz die Redaktoren der Compilation deutlich genug an den Tag gelegt, daß wenigstens sie von dem Standpunkte der utilis actio aus zu reden gemeint seien. b) L. 23 §. 1 D. h. t. 18. 4. „Nominis venditor, quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emtori restituere compellatur". Für diese Stelle ist es vollkommen sicher, daß sie vom Standpunkt der utilis actio aus redet; denn jedenfalls zur Zeit des Hermogenian, von welchem sie herrührt, war die utilis actio beim Forderungskauf längst anerkannt. Doch läßt sich freilich aus einem andern Grunde die Beweiskraft dieser Stelle bemängeln. S. darüber, so wie über die Gründe, welche man gegen den im Text aufgestellten Satz geltend gemacht hat, Note 8.

[5] Er kann sie zur Compensation verwenden, l. 23 §. 1 D. h. t. 18. 4 (s. jedoch auch Note 8). Er kann sie erlassen, l. 19 D. h. t., deren Verfasser freilich noch auf dem Mandatsstandpunkt steht. Ueber l. 2 §. 5 D. h. t. s. Note 8. — Entzieht die Beschlagnahme der Forderung dieselbe dem Erwerber? Nein: Seuff. Arch. VII. 301; ja: das. XII. 338. Vgl. XIII. 92.

derung auf seine Erben[6]. Es steht jedoch in der Macht des Erwerbers, dieses Verhältniß zu beendigen, und sich zum alleinigen Gläubiger zu machen. Dieß bewirkt er dadurch, daß er dem Schuldner gegenüber den Willen an den Tag legt, fortan ihn als seinen Schuldner zu haben, daß er dem Schuldner gegenüber die Forderung ergreift, wozu übrigens schon eine einfache Anzeige an den Schuldner genügt[7].[8] Dagegen wird durch eine in anderer

[6] Auch erwerben kann er für die Forderung, Pfandrecht oder Bürgschaft, l. 6 D. h. t. 18. 4, welche Stelle übrigens in ihrem ursprünglichen Sinn wohl nur vom Standpunkte der actio mandata aus geschrieben ist, da zur Zeit des Paulus die utilis actio beim Forderungskauf kaum schon anerkannt war. Vgl. übrigens auch Schmid II S. 183 fg.

[7] L. 3 C. de nov. 8. 42 (Note 4): — „antequam lis constetetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit". Vgl. l. 3 C. mand. 4. 35, l. 4 C. quae res pign. 8. 17. Treten der Uebertragende und der Erwerber zu gleicher Zeit gegen den Schuldner auf, so geht der Letztere vor, l. 55 D. de proc. 3. 3.

[8] Das bisher Gesagte ist in mehr als Einer Beziehung bestritten, und es ist bei dem Zustand unserer Quellen kaum zu hoffen, daß jemals ein reines und Alle befriedigendes Resultat wird erreicht werden. 1. Die Hauptfrage ist, ob wirklich das Recht des bisherigen Gläubigers erst durch die Anzeige an den Schuldner (Denuntiation, wie man gewöhnlich sagt) und das derselben Gleichstehende, und nicht schon durch die Uebertragung der Forderung ausgeschlossen wird? Während das Erstere von der herrschenden Meinung gelehrt wird (Mühlenbruch S. 491. 501, Puchta S. 482, Unterholzner I S. 608, Sintenis II S. 810, Seuffert §. 300), haben sich für das Letztere neuerlich ausgesprochen Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 369 fg., welchem olgt v. Salpius Novation und Delegation S. 419—420, und Schmid II S. 296 fg. Nach der Ansicht dieser Schriftsteller hat sofort nach der Uebertragung der bisherige Gläubiger kein Recht zum Fordern mehr, und nur der Schuldner das Recht, sich auf die demselben in Unkenntniß der geschehenen Uebertragung geleistete Zahlung, so wie auf andere mit ihm gepflogene Befreiungsverhandlungen, dem neuen Erwerber der Forderung gegenüber zu berufen. Für dieses letztere Recht werden passende Analogien angeführt: l. 12 §. 2 l. 32 l. 51 D. de sol. 46. 3, l. 15 l. 26 §. 1 l. 29 pr. §. — 3 D. mand. 17. 1. Es ist auch zuzugeben, daß der bezeichneten Ansicht sich sowohl l. 3 C. mand. 4. 35 als l. 4 C. quae res pign. 8. 17 sehr wohl fügen, und daß aus diesen Stellen gegen dieselbe nicht argumentirt werden darf. Dagegen scheitert jene Ansicht meiner Meinung nach an den beiden in Note 4 genannten Stellen, und namentlich an l. 3 C. de nov. (über die zweite Stelle, l. 23 §. 1 D. h. t., s. unten in dieser Note, über l. 6 eod. s. Note 6). In l. 3 C. cit. heißt es geradezu, daß der ursprüngliche Gläubiger bis zur Denuntiation das Recht behalte, die Forderung einzuziehen („*non vetaris*").

Weise erlangte Kenntniß des Schuldners von der geschehenen Uebertragung das Recht des bisherigen Gläubigers nicht ausge-

---

Bähr muß diese Worte davon verstehen, daß der ursprüngliche Gläubiger die factische Möglichkeit behalte, die Forderung einzuziehen, und das scheint mir willkürlich. Wie Schmid (II S. 211 fg. 435) die Stelle beseitigt, ist zu weitläuftig, hier zu referiren; seine Ansicht beruht aber auf der seltsamen und ungesunden Idee, daß das römische mandatum actionis als solches zwar auch utilis actio gewährt habe, daß aber diese utilis actio vom Erwerber erst habe ergriffen werden müssen, um sich freilich dann als schon von Anfang an dagewesen darzustellen. Das Gewicht der l. 3 C. cit. wird auch wie ich glaube, nicht aufgehoben: a) durch l. 7 D. de transact. 2. 15. Zwar ist es vollkommen sicher, daß diese Stelle Denuntiation zum Ausschluß des bisherigen Gläubigers nicht erfordert (vgl. l. 104 D. de sol. 46. 3); aber sie redet auch (am Schluß) von einem herausgegebenen Erbschaftsvermächtniß, also einem Fall der Gesammtnachfolge, und daß sie dem Erbschaftsvermächtniß den Erbschaftskauf gleichstellt, wird man nach l. 13 §. 4 l. 54 pr. D. de H. P. 5. 3 nicht auffallend finden dürfen. b) Aus diesem Grunde würde auch l. 16 pr. D. de pact. 2. 14 nichts für Bähr beweisen, wenn es auch unzulässig sein sollte, den zweiten Satz derselben von einer exceptio pacti de non petendo zu verstehen, wovon mir das Gegentheil sicher zu sein scheint (vgl. Bähr S. 383, Schmid II S. 180). c) L. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7. Die Denuntiation wird in dieser Stelle nicht für überflüssig erklärt, sondern vorausgesetzt. — Aus l. 17 D. de transact. cit. ergibt sich übrigens, daß aus l. 2 §. 5 D. h. t. 18. 4 ein Argument gegen Bähr nicht hergeleitet werden darf: diese Stelle muß von einer Acceptilation mit dem den Erbschaftsverkauf nicht kennenden Schuldner verstanden werden. Und da nun, was hier nöthig ist, als möglich auch für l. 23 §. 1 D. h. t. zugegeben werden muß, so wird dadurch die Beweiskraft dieser Stelle (Note 4) einigermaßen gemindert. (Oder denkt l. 2 §. 5 cit. an eine vor dem Erbschaftsverkauf vorgenommene Acceptilation? So E. A. Seuffert in Seuffert Pand. §. 297 Note 4. Auffallend ist jedenfalls die *lata* culpa am Schluß der Stelle.) 2. Bähr ist der Meinung, daß, wer Denuntiation zur Vollendung des Forderungsüberganges verlange, damit den Erwerber auf den Standpunkt der actio mandata hinabdrücke, d. h. ihm vor der Denuntiation dieselbe Rechtsstellung anweise, welche der römische procurator in rem suam vor Einführung der utilis actio eingenommen habe. Das ist aber entschieden irrig. Jedenfalls hat der Erwerber auch vor der Denuntiation ein festes Rechtsverhältniß zur Forderung. Ich habe dieses Rechtsverhältniß in meiner Schrift über die Actio S. 144 nach Analogie des durch eine bedingte Willenserklärung begründeten Rechtsverhältnisses bestimmt. Ich glaube jetzt weiter gehen zu müssen, und schreibe dem Erwerber auch vor der Denuntiation geradezu ein Forderungsrecht zu. Es wird ihm auf Verlangen actio suo nomine gegeben; damit ist ihm ein Forderungsrecht zuerkannt. Es liegt hier also in der That ein Fall der Correalobligation vor, ein Fall, welchen die Quellen nur deßwegen nicht als solchen

schlossen, auch nicht durch die eigene Anzeige des Gläubigers[9]. — Die nämliche Stellung, wie gegenüber dem bisherigen Gläubiger, nimmt der Erwerber gegenüber den Rechtsnachfolgern desselben ein, und nicht bloß den Gesammtnachfolgern, sondern auch den

---

bezeichnen, weil die Concurrenz sich nur auf die actio, nicht auf die obligatio bezieht. 3. In geradem Gegensatz zu der bei 1) bezeichneten Ansicht hat Muther in seiner Gegenschrift gegen meine Schrift über die Actio S. 171 fg. den Satz aufgestellt, daß der bisherige Gläubiger selbst durch die Denuntiation nicht aufhöre, Gläubiger zu sein. Zwar verliere er das Recht, den Schuldner zur Leistung zu nöthigen, aber nicht das Recht, ihn durch Leistungsannahme oder in sonstiger Weise zu befreien, so daß darnach der Erwerber einen Anspruch gegen den Schuldner nur aus dessen dolus habe. Dieser Meinung, welche jedenfalls für das heutige Recht unrichtig ist, steht auch für das römische die Abnormität des Verhältnisses entgegen, daß Jemand das Liberationsrecht behalten sollte, nachdem er das Recht zu fordern (wenn auch nur ope exceptionis) verloren hat. L. 2 §. 5 D. h. t. 18. 4 (welche insofern hierher gehört, als nach der hier vertretenen Ansicht beim Erbschaftskauf derjenige Zustand sofort eintritt, welcher sonst nur die Folge der Denuntiation ist), ist nach l. 17 D. de transact. 2. 14 zu erklären (s. oben). Bei l. 16 pr. D. de pactis 2. 14 (die ebenfalls vom Erbschaftskauf handelt) bleibt es zwar auffallend, daß dem Gläubiger exceptio pacti de non petendo entgegengesetzt wird, und nicht die Berufung auf die geschehene Uebertragung; aber diese Schwierigkeit besteht auch für Muther, welcher ja nach der Denuntiation dem Schuldner eine Einrede aus der geschehenen Uebertragung nicht versagt. Vgl. noch Arndts §. 256 Note 3.

[9] Auch dieser Satz ist bestritten, Glück XVI S. 424 fg., Mühlenbruch S. 492 fg., Musset Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII S. 360 fg., Bähr a. a. O. S. 416 fg., Arndts §. 256 Anm. 1, Schmid II S. 242 fg. 435. Aber die Quellen legen die entscheidende Wirkung nur einer die Forderung ergreifenden Thätigkeit des Erwerbers bei. L. 17 D. de transact. 2. 15 enthält eine Ausnahme für das Erbschaftsvermächtniß und den Erbschaftskauf (s. diesen §. a. E.). S. auch Knorr Arch. f. civ. Pr. XLVI. 3. Dafür, daß die Anzeige durch den Cessionar erfolgen müsse: Seuff. Arch. VI. 25, XII. 338, XV. 120 Nr. 3; dawider III. 156, XV. 120 Nr. 1 und 2. Daß Benachrichtigung durch Dritte nicht genüge: das. XIII. 91. — Ich habe jene ergreifende Thätigkeit des Erwerbers an einem andern Orte Inbesitznahme der Forderung genannt (die Actio rc. S. 141 fg. 187 fg.). Hiergegen haben sich erklärt Muther in seiner Gegenschrift S. 172. 173, Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 425—427; s. aber meine Abwehr gegen Muther S. 80. Vgl. noch Kuntze Inhaberpapiere S. 242 Note 5 und zu Holzschuher III §. 233 Nr. 1, welcher Schriftsteller in der Denuntiation eine Besitzentsetzung, d. h. eine Beseitigung des Besitzes des Cedenten, sieht, und aus dieser Auffassung folgert, daß sie auch durch einen Act des Cedenten ersetzt werden könne.

Sondernachfolgern gegenüber. Auch ihnen gegenüber also ist er Gläubiger, und auch sie kann er durch Ergreifung der Forderung (Anzeige) von ihrem Gläubigerrecht ausschließen; dieselben können ihrerseits den Erwerber so wenig ausschließen, wie ihr Rechtsurheber es konnte[10]. Ebenso nehmen die Rechtsnachfolger des Erwerbers die nämliche Stellung ein, wie der Erwerber selbst, nicht bloß seine Gesammtnachfolger, sondern auch seine Sondernachfolger, und nicht bloß gegenüber den Gesammtnachfolgern, sondern auch gegenüber den Sondernachfolgern des bisherigen Gläubigers. — Beerbt der bisherige Gläubiger den Schuldner oder umgekehrt, so ist das für das Recht des Erwerbers gleichgültig, mag jener Erbfall vor oder nach Ergreifung der Forderung eintreten[11].

[10] Diese Frage ist wieder sehr bestritten. Für den Vorzug des ersten Erwerbers haben sich ausgesprochen Mühlenbruch S. 502, Vangerow III §. 575 Anm. 4, Bähr a. a. O. S. 435 fg., Dernburg Pfandrecht I S. 472, Schäffer Arch. f. prakt. RW. I. 23 und III. 18, Schmid II S. 297 fg., Seuff. Arch. VIII. 248, XIII. 246, XVII. 27; daß der zweite Erwerber vorgehe, wenn er zuerst denuntiirt habe, vertheidigen Puchta Vorles. zu §. 283, Flach Entscheidungen des OAG. zu Wiesbaden III S. 141 fg., Musset Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 12, Knorr Arch. f. civ. Pr. XLII. 15. Ich selbst habe mich früher für die letztere Meinung ausgesprochen (die Actio rc. S. 190 fg.), während Sintenis in der zweiten Auflage seines Lehrbuchs (II S. 813) seine Meinung in der gerade entgegengesetzten Richtung geändert hat. Der Grund, welcher für den Vorzug des ersten Erwerbers entscheidet, ist im Text bereits bezeichnet. Es kann Niemand mehr Recht übertragen, als er selbst hat, und der Uebertragende hatte nach der ersten Cession nicht die Befugniß, den Erwerber durch Anzeige an den Schuldner auszuschließen. Das Letztere habe ich früher mit Unrecht geleugnet. Die Uebertragung macht den Erwerber auch vor der Anzeige zum wirklichen Gläubiger; dieses Gläubigerrecht kann der Uebertragende zwar dadurch verkümmern, daß er das ihm gebliebene Gläubigerrecht geltend macht, aber in anderer Weise nicht. Würde aber auch die Uebertragung als solche den Erwerber noch nicht zum wirklichen Gläubiger machen, so gäbe sie ihm doch jedenfalls, nach der Analogie des bedingten Rechtsgeschäfts, eine unverkümmerbare Aussicht auf die Gläubigerschaft. Thäte sie auch dieß nicht, so würde das Recht des Erwerbers vor der Denuntiation weder vererblich noch veräußerlich (Note 2 u. 3) sein.

[11] Nach der Ergreifung, weil er aufgehört hat, Gläubiger zu sein; vor der Ergreifung, weil durch die Beerbung nur sein Gläubigerrecht untergeht. L. 20 pr. D. h. t. 18. 4 ist zu einer Zeit geschrieben, wo die actio utilis noch nicht anerkannt war. Die Compilatoren haben sie nur aus Versehen aufgenommen, und in derselben den eigentlichen Gedanken des neuesten römischen Rechts so wenig ausgedrückt, wie in l. 18 D. de compens. (Note 2).

Ein sofortiger Ausschluß des bisherigen Gläubigers tritt ausnahmsweise dann ein, wenn die Forderung mit dem ganzen Vermögen, zu welchem sie gehört, übertragen wird, so namentlich durch einen Erbschaftskauf. Leistet aber der Schuldner dem bisherigen Gläubiger in Unkenntniß des Forderungsüberganges, so wird er dadurch dennoch frei; ebenso durch andere mit dem bisherigen Gläubiger gepflogene Befreiungsverhandlungen[12].

§. 332.

Die Forderung geht auf den Erwerber über, wie sie bei dem bisherigen Gläubiger war, mit ihren Mängeln und mit ihren Vorzügen.

1) Sie geht über mit ihren Mängeln, d. h. sie bleibt behaftet mit den Einreden, mit welchen sie bei dem bisherigen Gläubiger behaftet war[1]. Jedoch gilt dieß nicht ausnahmslos für alle Einreden; es gilt nicht für diejenigen, welche sich nicht sowohl auf die Forderung selbst, als vielmehr auf diese bestimmte Gläubigerperson beziehen; diese Einreden gehen mit dem Wechsel des Gläubigers unter[2]. Dahin gehört namentlich die Einrede aus

---

Vgl. Fitting Correaloblig. S. 107 Anm. 137. Eine andere Erklärung bei E. A. Seuffert in Seuffert Pand. §. 297 Anm. 4, eine noch andere bei Schmid II S. 122 fg.

[12] L. ult. D. de transact. 2. 15. Ueber l. 2 §. 5 D. h. t. 18. 4 s. Note 8. In l. 4 C. h. t. 4. 39 sind die entscheidenden Worte zu unbestimmt und kritisch zu wenig unzweifelhaft, als daß sie ein Gegengewicht abgeben könnten. Wird der Schuldner auch frei durch schenkweisen Erlaß? Bähr a. a. O. S. 419. — Vgl. noch l. 27 i. f. D. de proc. 3. 3.

[1] L. 5 D. h. t. Vgl. auch l. 16 §. 3 D. de lib. causa 40. 12 (über §. 332.
l. 17 eod. s. die Citate I §. 73 Note 18 und Schmid II S. 187—189. 399). Aus der Praxis: Seuff. Arch. IV. 106, XI. 31, XIX. 26, XX. 98 (S. 159). — Es versteht sich von selbst, daß hier von processualischen Einreden keine Rede ist, wie z. B. der Einrede, mit welcher die Verpflichtung eines ausländischen Klägers zur Sicherheitsleistung geltend gemacht wird. — Aus dem gleichen Grunde hat der Erwerber auch keine Verpflichtung, sich auf eine Wiederklage aus der Person des bisherigen Gläubigers einzulassen. L. 33 §. 5 l. 70 D. de proc. 3. 3 reden jedenfalls nur vom Standpunkte der mandata actio aus, und selbst, was diesen Standpunkt angeht, s. l. 33 §. 5 cit. i. f. und l. 34 eod. Vgl. übrigens Mühlenbruch §. 62, Puchta S. 495, Sintenis II S. 817, Schmid II S. 419 fg. Seuff. Arch. V. 234, XII. 146.

[2] Vgl. l. 7 pr. D. de exc. 44. 1. Dieser Satz ist nicht allgemein an-

der Rechtswohlthat des Nothbedarfs, wenn sie ihren Grund in einer persönlichen Eigenschaft des Gläubigers hat[3]; ferner die Einrede aus einem persönlichen Erlaßvertrag[4].[5] Nur dann kann der Schuldner auch eine persönliche Einrede entgegensetzen, wenn die Uebertragung in böswilliger Absicht gerade zu dem Ende

---

erkannt. Namentlich in der neueren Zeit ist er mit Lebhaftigkeit auf Grund der Auffassung bestritten worden, daß der Erwerber dem Schuldner gegenüber nur Ausüber einer fremden Obligation, nur Vertreter des Gläubigers sei. Francke Arch. f. civ. Pr. XVI. 15, Puchta S. 492 fg., Vangerow III §. 575 Anm. 1, Sintenis II S. 815 fg., Holzschuher III §. 223 Nr. 2 a. E., s. auch Schmid II S. 394 fg. Dawider Mühlenbruch S. 588 fg., Windscheid die Actio 2c. S. 182 fg. Von dem hier vertretenen Standpunkte aus ließe sich die Fortdauer auch der persönlichen Einreden nur mit Berufung auf den Satz rechtfertigen, daß durch die Uebertragung der Forderung der Schuldner nicht in eine schlechtere Lage versetzt werden dürfe. Aber man muß sich hüten, diesen Satz rücksichtslos auszubeuten; er findet seine nothwendige Begrenzung darin, daß die Uebertragung der Forderung eben rechtlich zulässig ist. Weil sie rechtlich zulässig ist, muß der Schuldner auch die sich daraus ergebenden Consequenzen hinnehmen, selbst wenn sie ihm nachtheilig sind. Vgl. Mühlenbruch §. 59 Note 133a; Seuff. Arch. X. 250, XIII. 193 (der Schuldner kann mit dem Revers des Gläubigers über Tilgung der Schuld dem Erwerber gegenüber das Datum der Tilgung nicht beweisen, vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 446 Note 124 — anders Schmid II S. 406, und vgl. auch Seuff. Arch. IX. 343).

[3] S. §. 267 Nr. 2 und 3. Diese Einrede wird auch von Solchen ausgeschlossen, welche sonst die persönlichen Einreden zulassen, aus dem Grunde, weil sie nur gegen die Execution, nicht gegen die Forderung gehe. So von Puchta S. 495, Schmid II S. 411; derselbe Grund bei Mühlenbruch S. 591 in der Note. S. dagegen Vangerow a. a. O. Nr. 3; vgl. auch Fritz S. 229.

[4] D. h. aus einem Erlaßvertrag, welcher wirklich nur diese Gläubigerperson hat ausschließen wollen. Anders, wenn der Sinn des Erlaßvertrages war, daß bei Lebzeiten des Gläubigers nicht solle eingefordert werden können, wohl aber durch seine Erben. S. l. 57 §. 1 D. de pact. 2. 14 und vgl. Vangerow a. a. O. Nr. 2, Schmid II S. 401.

[5] Nicht auch die exceptio doli, welche in den Quellen nur deßwegen als persönliche bezeichnet wird (l. 2 §. 1 l. 4 §. 33 D. de doli mali exc. 44. 4), weil sie nicht gegen den unschuldigen Dritten, welchem der Betrug zu Gute gekommen ist, gegeben wird. L. 4 §. 27—31 D. de doli mali exc. bezieht sich nicht auf die Uebertragung von Forderungen. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. 1, Schmid II S. 141 fg. 399 fg. Seuff. Arch. XX. 98 (S. 159).

gemacht worden ist, um ihn der Einrede zu berauben[6]. — Einreden, welche nach der Uebertragung, aber vor der Anzeige an den Schuldner begründet werden, stehen dem Erwerber mit derselben Unterscheidung entgegen. Einreden aus der Zeit nach der Anzeige können dem Erwerber unter keinen Umständen entgegengesetzt werden[7].

2. Die Forderung geht über mit ihren Vorzügen. Also namentlich mit ihren Nebenrechten: Pfandrechten, Bürgschaften, Zinsansprüchen[8]. Ob die Vorzüge der Forderung auf dem gemeinen Rechte, oder auf einer Rechtswohlthat beruhen, ist gleichgültig; ebenso, wenn sie auf einer Rechtswohlthat beruhen, ob diese ihren Grund in einer Eigenschaft der Forderung, oder in einer Eigenschaft des Gläubigers hat[9]. Die letztere Unterscheidung macht sich nur dann geltend, wenn die Rechtswohlthat der Forderung einen Vorzug nicht schon verliehen hat, sondern nur für eine zukünftige Zeit in Aussicht stellt; in diesem Fall kann die Rechtswohlthat, wenn sie ihren Grund in einer persönlichen Eigenschaft des Gläubigers hat, von dem Erwerber nicht

---

[6] Vgl. l. 34 D. de proc. 3. 3, auch l. 40 i. f. D. de stip. serv. 45. 3. Windscheid die Actio ꝛc. S. 183.

[7] Vor der Anzeige ist der bisherige Gläubiger noch immer Gläubiger, und die Forderung unterliegt daher der von seiner Person ausgehenden Einwirkung; nach der Anzeige ist er nicht mehr Gläubiger. Daher kann der Schuldner namentlich dem Erwerber aus einer nach der Anzeige gegen den Gläubiger erworbenen Forderung keine Compensationseinrede entgegensetzen. Vgl. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 221 fg., Schmid II S. 413 fg.

[8] Im älteren Recht verstand sich dieser Uebergang wenigstens für die durch Rechtsgeschäft bewirkte Uebertragung der Forderung nicht von selbst, vielmehr mußte auf die Nebenrechte der Forderung ein besonderer Uebertragungsact gerichtet werden. Anders aber im neuesten Rechte. Vgl. l. 6 l. 23 pr. D. h. t. 18. 4, l. 14 pr. eod., l. 34 pr. D. de leg. III° 32 — l. 6. 7 C. de O. et A. 4. 10, l. 14 C. de fidei. 8. 41 (von welcher Stelle es übrigens nicht ganz sicher ist, daß sie bereits das neuere Recht enthält). Mühlenbruch S. 477, Schmid I S. 19. 27 fg. — Vgl. noch Seuff. Arch. IV. 26, XI. 102 (der dem Cedenten zuerkannte Eid geht nicht auf den Cessionar über), XI. 226 (die Forderung auf rückständige Zinsen geht nicht mit über).

[9] L. 43 D. de usur. 22. 1, l. 7 C. de priv. fisci 7. 73, l. 2 C. de his qui in prior. 8. 19.

geltend gemacht werden. Hierher gehören nach der Auffassung der Quellen die Concursprivilegien[10]. —

Was die Einreden aus der Person des Erwerbers angeht, so können diese der übertragenen Forderung entgegengesetzt werden, auch wenn sie eine rein persönliche Beziehung auf den Erwerber haben[11]. Umgekehrt kann der Erwerber für die Forderung auch alle seine Rechtswohlthaten geltend machen[12]; es müßte denn die Uebertragung in böswilliger Absicht zu dem Ende geschehen sein, um die Stellung des Schuldners zu erschweren[13].

§. 333*.

Die Wirkung der Forderungsübertragung ist durch positive gesetzliche Vorschrift[1] für den Fall beschränkt worden, wo die

---

[10] L. 42 D. de adm. et per. 26. 7, vgl. l. 19 §. 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 68 l. 196 D. de R. I. 50. 17. Eine Anwendung dieses Satzes bei Seuff. Arch. XII. 145. — Vgl. Mühlenbruch §. 56, Puchta S. 485 fg., Dernburg Pfandrecht II S. 449 fg., Schmid II S. 125 fg. 397 fg. Wer den Cessionar nur als Vertreter des bisherigen Gläubigers ansieht, muß ihm, wenn er consequent sein will, den Genuß der Rechtswohlthaten des Gläubigers unbedingt gestatten. Windscheid die Actio ꝛc. S. 186.

[11] Vgl. Mühlenbruch §. 61, Schmid II S. 406 fg. Seuff. Arch. VI. 176. — Von dem Standpunkt der Ansicht, welche den Erwerber nicht als Gläubiger ansieht, muß consequenterweise das Gegentheil gesagt werden. Um dieser Consequenz zu entgehen, nimmt Bähr a. a. O. S. 445 an, es sei nur ein Recht des Schuldners, den Erwerber als Vertreter des Gläubigers zu behandeln; er dürfe ihn aber auch als wirklichen Gläubiger behandeln. Einen Beweis für diese Unterscheidung hat Bähr nicht beigebracht.

[12] So gut wie für eine in anderer Weise erworbene Forderung. — Hier wird von der herrschenden Meinung auf Grund der Auffassung, daß die Forderung selbst auf den Erwerber nicht übergehe, in der That das Gegentheil gelehrt. Mühlenbruch §. 58, Puchta S. 489 fg., Vangerow III S. 132, Sintenis II S. 815; dawider Schmid II S. 387 fg. — Ueber l. 6 pr. D. de iure fisci 49. 14 s. Windscheid die Actio ꝛc. S. 187; außerdem Mühlenbruch S. 578, Puchta S. 491, Vangerow III S. 133 (aber auch I S. 842), Sintenis II S. 815 Note 91, Dernburg Pfandrecht I S. 343, Schmid II S. 219 fg. 389 fg.

[13] Vgl. Note 6.

* Mühlenbruch §. 53, Puchta S. 472—478, Schmid S. 34—50; Holzschuher III §. 226.

§. 333. [1] Von K. Anastasius, l. 22 C. mand. 4. 35. Ein Nachtrag von Justinian in l. 23 eod.

Uebertragung auf Kauf beruht[2]. In diesem Fall soll der Erwerber von dem Schuldner nicht Mehr einfordern können, als er selbst für die Forderung gegeben hat[3], so daß der Schuldner von dem Ueberschuß frei wird[4], und denselben daher auch einem Zweiten, welchem der Erwerber seinerseits die Forderung übertragen hat, nicht zu leisten braucht, selbst wenn dieser für die Forderung ihren vollen Betrag gegeben hat[5]. Dadurch, daß dem Geschäft ein anderer Name gegeben wird, wird natürlich die gesetzliche Vorschrift nicht ausgeschlossen; in den Quellen wird speciell der Fall hervorgehoben, wo eine Schenkung, in Betreff der ganzen Forderung oder eines Theils derselben, simulirt wird[6]. Der Beweis, daß weniger als der Betrag der Forderung gezahlt worden sei, liegt dem Schuldner ob[7]. — Die gesetzliche Vorschrift

[2] L. 22 cit.: — „si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem“.

[3] Die Vorschrift will den Handel mit Forderungen verhindern, davon ausgehend, daß derselbe leicht zur Bedrückung des Schuldners ausschlagen könne. — Die Vorschrift hat in neueren Gesetzgebungen keine Gunst erfahren, so ist sie aufgehoben in Braunschweig (Ges. vom 21. December 1849), in Bayern (Ges. vom 22. Februar 1855), in Preußen (Gesetz vom 1. Februar 1864); auch im HGB. Art. 299.

[4] Dieß ist zwar ausdrücklich nur für den Fall gesagt, wo der Versuch gemacht wird, das Gesetz durch Simulation einer Schenkung zu umgehen (l. 23 C. cit.), und deßwegen ist die Behauptung aufgestellt worden, daß für den Fall, wo ein solcher Versuch nicht vorliegt, der Ueberrest dem verkaufenden Gläubiger bleibe (unter den Neueren von Brackenhöft Arch. f. civ. Pr. XXIII. 6, Herrmann das. XXXI S. 68 fg., Schmid I S. 38 fg.). Aber die l. 23 cit. will offenbar die Anastasische Vorschrift nur gegen die Gefahr der Umgehung schützen, nicht aber die Folgen ihrer Uebertretung neu bestimmen. S. namentlich Vangerow III §. 576 Anm. 1. — Ueber die von Manchen behauptete Fortdauer einer natürlichen Verbindlichkeit s. §. 289 Note 22, Mühlenbruch S. 550, Schwanert die Naturalobligationen S. 477.

[5] A. M. Arnold pract. Erörterungen I. 8, und für den Fall, wo der zweite Verkauf nach der Denuntiation erfolgt, Mühlenbruch S. 606. S. dawider auch Puchta §. 285. l. Seuff. Arch. II. 31.

[6] L. 23 cit.

[7] Daß der Schuldner den Beweis führen muß, wenn darüber gestritten wird, ob der Uebertragung ein Kauf- oder ein anderes Geschäft zu Grunde liege, wird nicht bezweifelt. Dagegen spricht die herrschende Meinung den Schuldner von dem Beweise, daß er weniger für die Forderung gegeben habe als ihren Nominalwerth, frei; es soll umgekehrt der Erwerber beweisen müssen, daß er so viel für die Forderung gegeben habe, als er jetzt fordert. So na-

bezieht sich nur auf eigentliche Käufe, nicht auf kaufähnliche Geschäfte, wie Hingabe an Zahlungsstatt, Auseinandersetzungen, Abfindungen[8], und nur auf Privatkäufe, nicht auf Käufe in einer öffentlichen Versteigerung[9]. Sie setzt voraus, daß die gekaufte Forderung auf eine Geldleistung, oder doch auf Leistung von Sachen gehe, welche einen Marktwerth haben[10], auch, daß der

---

mentlich Puchta S. 478, Sintenis II §. 128 Note 57, Vangerow III §. 576 Anm. 2, Schmid I S. 38, s. auch Glück XVI S. 471 und die das. Citirten. Das Gegentheil ist vertheidigt worden namentlich von Weber Beweislast VI §. 29, Bethmann-Hollweg Versuche S. 357, und in einem besonderen Aufsatz von Burchardi Arch. f. civ. Pr. XVIII. 8. Brackenhöft und Herrmann an den in Note 4 genannten Orten machen auch hier die daselbst bezeichnete Unterscheidung geltend; für den regelmäßigen Fall der l. 22 C. mand. legen sie dem Erwerber, für den Ausnahmsfall der l. 23 eod. dem Schuldner den Beweis auf. Der Grund, weßwegen ich die unbedingte Beweislast des Schuldners behaupte, liegt in dem I §. 133 S. 363 Gesagten: die Uebertragung berechtigt an und für sich den Erwerber, die Forderung nach ihrem vollen Betrage einzuklagen; das anastasische Gesetz begründet ein Hinderniß ihrer rechtserzeugenden Kraft. Eine ganz entscheidende Analogie gibt l. 17 D. de prob. 22. 3: der Erbe, welcher kraft der lex Falcidia einen Abzug machen will, muß beweisen, daß dieselbe Platz greife, nicht der Vermächtnißnehmer, daß sie nicht Platz greife. — Für die Beweislast des Schuldners (jedoch auf Grund eines Hannoverschen Particulargesetzes) Seuff. Arch. V. 150; für die Beweislast des Erwerbers: I. 29, V. 126, XV. 19.

[8] L. 22 cit.: — „exceptis scilicet cessionibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contingit, et his, quascunque vel creditor vel is, qui res aliquas possidet, pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit, nec non his, quas inter legatarios seu fideicommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliae relictae sunt, pro his fieri necesse sit". Man darf aus diesen Ausnahmen nicht etwa schließen wollen, daß das Gesetz auch bei anderen lästigen Veräußerungen außer dem Kauf Platz greife. Das Gesetz nimmt auch Schenkungen aus, und fügt überdieß noch ausdrücklich hinzu: „ut cessiones *tam pro exceptis et specialiter enumeratis, quam aliis causis* factae vel faciendae secundum actionum, quaecunque cessae sunt vel fuerint, tenorem sine quadam imminutione obtineant". S. auch Mühlenbruch S. 536 fg.

[9] Dieß wird allgemein angenommen. Mühlenbruch S. 544, Puchta S. 475, Sintenis S. 806.

[10] Ob die Forderung von Anfang an auf eine Geldleistung geht, oder ob sich ihr Gegenstand erst hinterher in eine Geldleistung verwandelt, darf keinen Unterschied machen. Mühlenbruch S. 543 lehrt, das Gesetz gelte für alle Forderungen auf fungible Sachen, meint das aber wohl nur mit der im

zu leistende Betrag kein ungewisser sei[11]. Forderungen aus Ordre- und Inhaberpapieren fallen unter das Gesetz schon deßwegen nicht, weil diese nicht durch Rechtsnachfolge (Cession) übergehen[12].[13]

§. 334*.

Der Erwerber muß dem Schuldner gegenüber nicht nur den Beweis der geschehenen Uebertragung führen[1], sondern er muß auch den Schuldner in den Stand setzen, diesen Beweis gegenüber etwaigen Ansprüchen des die Uebertragung bestreitenden Gläubigers führen zu können. Vermag der Erwerber dieß nicht, so muß er dem Schuldner Realsicherheit dafür geben, daß er ihn gegen die

---

Text bezeichneten Beschränkung. Andere nennen nur Geldforderungen. Vgl. Puchta S. 476, Sintenis S. 806, Schmid I S. 35.

[11] Puchta S. 477, Sintenis S. 807.

[12] S. §. 291 Note 2 und 3. Aber auch abgesehen von diesem Argument wird die Unanwendbarkeit der lex Anastasiana auf die bezeichneten Forderungen allgemein anerkannt. S. Kuntze Inhaberpapiere §. 139. 140, und die daselbst verzeichnete Literatur.

[13] Andere Ausnahmen, welche man hat machen wollen, bei Mühlenbruch S. 547 fg. Dieser selbst nimmt noch den Fall aus, wo mehrere Forderungen gegen verschiedene Schuldner um Einen Kaufpreis verkauft worden seien. So auch Seuff. Arch. XIX. 146. Dagegen mit Recht Puchta S. 477, Sintenis S. 807. M. A. muß in diesem Fall der Kaufpreis auf die verschiedenen Forderungen verhältnißmäßig vertheilt werden. Sintenis a. a. O. läßt den oder die zuerst Angegriffenen voll haften, den oder die nach Erschöpfung des Kaufpreises noch übrigen Schuldner frei ausgehen. — Verzicht auf die Einrede aus der lex Anastasiana ist bindend. Seuff. Arch. II. 30, XVIII. 131.

* Es ist das Verdienst Bähr's (Jahrb. f. Dogm. I S. 445 fg.), die in diesem §. erörterten Verhältnisse zur Sprache gebracht zu haben. S. jetzt auch Schmid II S. 262 fg. Gegen Bähr hat sich erklärt Sintenis II §. 128 Anm. 1. 77. 100. §. 334.

[1] Nicht auch den Beweis des der Uebertragung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts. Seuff. Arch. V. 150, X. 36, XI. 136, XIII. 18. 90. Vgl. Seuffert Pand. §. 298 Note 4. S. noch Seuff. Arch. I. 336, XI. 137, XII. 96. Auch v. Salpius Novation und Delegation S. 418, Schmid II S. 433. — Kann sich der Schuldner durch Berufung darauf vertheidigen, daß die geschehene Uebertragung simulirt gewesen sei? Verneint (mit Unrecht) von Schmid II S. 394 und in den Entscheidungen bei Seuff. Arch. XII. 337. Vgl. übrigens auch Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 221.

„cautio de- fensum iri"

von dem früheren Gläubiger etwa zu erhebenden Ansprüche vertreten werde[2]. Hat der Schuldner dem Erwerber geleistet, ohne

[2] Sonst läuft der Schuldner Gefahr, zweimal leisten zu müssen. Der Erwerber führt z. B. dem Schuldner gegenüber den Beweis der Uebertragung durch Eidesdelation; gegen den später auftretenden Gläubiger hat der Schuldner kein anderes Beweismittel, als demselben seinerseits den Eid zuzuschieben; der Gläubiger schwört den Eid aus. Der Schuldner wird dem Erwerber verurtheilt, und kann von dem Erwerber nichts zurückfordern, da dieser ja ihm gegenüber den Beweis seiner Gläubigerschaft geführt hat. Bähr S. 358. 359. Daß hier geholfen werden müsse, ist klar; aber wie zu helfen sei, ist nicht ganz leicht zu sagen. Bähr verwerthet an diesem Punkte seinen Satz, daß der Erwerber dem Schuldner gegenüber nur processualischer Vertreter sei (§. 329 Note 10 a. E.); er folgert daraus, daß der Erwerber cautio de rato zu leisten habe. Aber dieser Weg führt meiner Ueberzeugung nach selbst dann nicht zum Ziel, wenn man den Ausgangspunkt Bähr's als richtig anerkennen will. Denn: 1) geht die cautio de rato nicht auf Vertretung in dem von dem Gläubiger zu erhebenden Processe, sondern auf sofortige Leistung des Interesse, sobald der Gläubiger den Proceß erhebt (l. 12 §. 3 l. 15 D. ratam rem. 46. 8); 2) hatte die cautio de rato ursprünglich nicht den Fall der Zweifelhaftigkeit der Ermächtigung im Auge, sondern den Fall der trotz feststehender Ermächtigung erfolgenden Nichtanerkennung von Seiten des Gläubigers (s. namentlich Bethmann-Hollweg Versuche S. 179 fg.); nachdem sie sich aber auf den Fall der Zweifelhaftigkeit der Ermächtigung zurückgezogen hatte, konnte ihr Inhalt eben deßwegen auch nicht mehr sein, daß der Gläubiger keinen Anspruch erheben werde, sondern, daß derselbe Ermächtigung ertheilt habe, und deßwegen keinen Anspruch erheben werde; es mußte daher dem Caventen gestattet werden, sich durch den Beweis der ertheilten Ermächtigung zu befreien. Mit der Zulassung des Cessionars zu diesem Beweise ist aber eben dem Schuldner nicht gedient. — Eher führen zum Ziele die von Bähr auf S. 454—457 angeführten Quellenstellen. Man wird auf Grund derselben den allgemeinen Satz aufstellen dürfen, daß Jeder, welcher eine Leistung einfordert, dem Belangten Sicherheit dafür geben muß, daß er ihn gegen einen anderen Anspruch auf die nämliche Leistung vertreten werde (cautio defensum iri). Zwar sprechen diese Stellen theilweise (l. 1 §. 37 D. dep. 16. 3, l. 8 §. 3 D. de leg. II° 31, vgl. auch l. 57 D. de H. P. 5. 3) nur von dem Fall, wo zu gleicher Zeit mehrere Prätendenten einer und derselben Forderung auftreten, und haben theilweise nicht den Fall der Zweifelhaftigkeit der Berechtigung, sondern den Fall im Auge, wo unzweifelhaft auch nach gemachter Leistung noch ein anderer Anspruch übrig bleibt (l. 31 §. 1 D. de neg. gest. 3. 5, l. 31 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 20 §. 2 D. fam. herc. 10. 2, l. 1 §. 9 D. de dote prael. 33. 4, l. 16 §. 3 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 14 §. 1 D. iud. solvi 46. 7). Aber was das Letztere angeht, so wird man erwägen dürfen, daß es im Resultate keinen Unterschied macht, ob ich einen Anspruch deßwegen gegen mich anerkennen muß, weil er besteht, oder deßwegen, weil ich

diese Sicherheit erlangt zu haben, so kann er, falls der Gläubiger gegen ihn auftritt, diese Vertretung von dem Erwerber dennoch fordern[3]. — Umgekehrt muß auch der ursprüngliche Gläubiger, wenn er nach der Anzeige unter Bestreitung der Berechtigung des Erwerbers fordernd gegen den Schuldner auftritt, demselben Sicherheit für die Vertretung gegen die Ansprüche des Erwerbers leisten[4]. — Veräußert der erste Erwerber die Forderung weiter, so sind die daraus sich ergebenden Rechtsverhältnisse in gleicher

seine Nichtexistenz (seinen Untergang) nicht beweisen kann; und jedenfalls gibt es zwei Stellen — l. 29 §. 6 D. mand. 17. 1 und l. 11 §. 21 D. de leg. III° 32 —, welche dem Fordernden die cautio defensum iri unabhängig von der einen und der anderen der im Vorstehenden bezeichneten Beschränkungen auferlegen. Uebereinstimmend Schmid a. a. O. Ueber die cautio defensum iri s. den Aufsatz von Cropp in Heise und Cropp Abhandlungen I Nr. 14.

[3] L. 7 §. 4 D. de dote prael. 33. 4, l. 5 §. 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5, l. 7 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 10 D. de praescr. verb. 19. 5. S. auch Bähr §. 17. — Bähr S. 467 ist der Meinung, der Schuldner dürfe, wenn der Gläubiger gegen ihn auftrete, sofort das Geleistete von dem Cessionar zurückfordern, weil es unter der stillschweigenden Voraussetzung gezahlt sei, daß nicht auch der ursprüngliche Gläubiger die Forderung beanspruchen werde. Ich halte das nicht für richtig. Der Schuldner hat gezahlt lediglich unter der Voraussetzung, daß der Cessionar Forderungsberechtigter sei, und die Wahrheit dieser Voraussetzung ist der Cessionar bereit, dem Schuldner zu beweisen.

[4] Für diesen Fall geben einen unmittelbaren Anhalt die Entscheidungen in l. 1 §. 37 D. dep. 16. 3, l. 8 §. 3 D. de leg. II° 31. Bähr §. 19. 20 ist der Meinung, daß in diesem Falle der Schuldner dem ursprünglichen Gläubiger mit befreiender Wirkung zahlen dürfe, falls der Cessionar nicht bereit sei, den Schuldner gegen die Klage des Gläubigers zu vertreten. Bähr's Grund ist: weil der Gläubiger fundatam intentionem habe, und dafür nicht erst einen Beweis zu führen brauche; deßwegen nimmt Bähr auch den Fall aus, wo der Gläubiger nicht sowohl die Thatsache der Uebertragung leugne, als vielmehr die Rechtsbeständigkeit oder Wirksamkeit derselben bestreite. Aber ich wüßte nicht, warum die Beweisfreiheit dem Gläubiger die Befugniß geben sollte, den Cessionar zur Geltendmachung seines Rechtes zu nöthigen, dessen Geltendmachung dieser seinen Interessen nicht angemessen findet. Jedenfalls wird, indem der Gläubiger behandelt wird, wie jeder andere Forderungsprätendent, dessen Beweislast in keiner Weise geschärft; wenn er hinterher den Schuldner gegen die Klage des Cessionars zu vertreten hat, nöthigt er denselben durch die Berufung auf seine ursprüngliche Gläubigerschaft nach denselben Grundsätzen zum Beweise, welche auch Platz gegriffen haben würden, wenn der Cessionar den Schuldner gegen die Klage des Gläubigers vertreten hätte.

Weise zu behandeln[5]. — Treten mehrere Forderungsprätendenten zu gleicher Zeit gegen den Schuldner unter Erbietung zur Sicherheitsleistung auf, so gebührt demjenigen der Vorzug, welchem gegenüber der andere sein besseres Recht erst zu erweisen hat[6]. Uebrigens kann der Streit zwischen mehreren Forderungsprätendenten auch dadurch zum Austrag gebracht werden, daß einer von ihnen gegen den anderen oder die anderen auf Anerkennung seines besseren Rechtes klagend auftritt[7].

γ. Zulässigkeit der Uebertragung*.

§. 335.

1. Die Uebertragung ist nicht zulässig bei allen Forderungen. Unzulässig ist sie:

a) bei denjenigen Forderungen, deren Erfüllung nur in der Person dieses bestimmten Gläubigers möglich ist. Aus diesem Grunde sind unübertragbar die Forderungen auf Genugthuung[1],

---

[5] Bähr S. 477 gibt auch in diesem Falle dem Beweisfreien den in der vorigen Note erwähnten Vorzug.

[6] Für diesen Fall, glaube ich, darf der von Bähr hervorgehobene Gesichtspunkt verwerthet werden. Die Quellen geben in diesem Fall dem Schuldner die Wahl (l. 8 §. 3 D. de leg. II° 31); jedoch offenbar nur deßwegen, weil zur Bevorzugung des einen Prätendenten vor dem anderen kein Grund vorhanden sei. Es ist aber ein großer Unterschied, ob man der Beweisfreiheit die Kraft zuschreibt, das gleiche Recht des Gegners zu überwinden, oder die Kraft, dem Gegner ein Recht zu nehmen, welches ihm an und für sich zusteht.

[7] S. I §. 46 Note 8 und Bähr §. 21, Schmid II S. 371 fg.

§. 335. * Mühlenbruch §. 22—34, Puchta S. 463—472, Schmid II S. 280 fg.; Vangerow III §. 574 Anm. 2, Sintenis S. 797—805, Holzschuher III §. 222.

[1] Die s. g. actiones vindictam spirantes. Genugthuung kann nur demjenigen geleistet werden, welcher eine Kränkung erlitten hat. Insofern die Genugthuung durch eine Vermögensleistung von Seiten des Verpflichteten beschafft werden soll, steht doch die Vermögensleistung erst in zweiter Linie; nicht sie ist der eigentliche Gegenstand des Forderungsrechts, sondern eben die durch sie dem Berechtigten zu gewährende Genugthuung. Deßwegen rechnet das römische Recht die actiones quae vindictam continent auch in anderen Beziehungen nicht zum Vermögen. L. 28 D. de iniur. 47. 10; l. 8 pr. D. de inoff. test. 5. 2, l. 2 §. 4 D. de collat. 37. 6, l. 1 §. 8 D. si quid in fr. patr. 38. 4, l. 13 pr. D. de iniur. 47. 10.

namentlich die Forderung aus der Injurie[2]. Setzt die Leistung ein Verhältniß des Gläubigers voraus, welches seinerseits übertragbar ist, so kann mit diesem Verhältniß auch die Forderung übertragen werden; so die Forderung auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit mit dem Eigenthumsrecht an dem Grundstücke, für welches die Grunddienstbarkeit bestellt werden soll[3].

b) Unzulässig ist die Uebertragung bei denjenigen Forderungen, deren Erfüllung in der Person eines Andern nur mit einer dem Schuldner nachtheiligen Veränderung des Leistungsinhaltes möglich ist[4].

c) Auch wenn weder das Eine noch das Andere der Fall ist, kann doch das Forderungsrecht möglicherweise von der Art sein, daß ihm nur genügt wird, wenn genau dieser Person geleistet wird. Entscheidend hierfür ist der Wille der die Forderung begründenden Person, bez. des Rechtssatzes, auf welchem sie beruht[5]. Aus diesem Grunde ist namentlich[5a] unübertragbar die Forderung auf Alimentation[6].[7] Geht der die Forderung begründende Wille

---

[2] Ueber die übrigen hierher gehörigen Fälle s. §. 359 Nr. 1, und über das Ganze Mühlenbruch S. 292—302. A. M. Schmid II S. 288 fg.

[3] Mühlenbruch §. 28 i. A.

[4] Der Ausdruck des Textes ist der Kürze zu Liebe nicht ganz genau. Eine Aenderung des Leistungsinhaltes ist mit der Aenderung der Person des Empfängers immer verbunden (§. 329 Note 2). Es ist also gemeint eine Aenderung des Leistungsinhaltes, welche auch abgesehen davon stattfindet, daß es nun ein Anderer ist, welchem die Leistung gemacht wird. So wird z. B. bei der Forderung auf Bestellung einer persönlichen Dienstbarkeit durch die Aenderung des Gläubigers die Zeitdauer, für welche die Dienstbarkeit zu bestellen ist, geändert.

[5] Es wird z. B. im Vertrage ausgemacht, daß der Schuldner nur verpflichtet sein solle, diesem bestimmten Gläubiger zu leisten. Vgl. aber auch Seuff. Arch. V. 11.

[5a] Unübertragbarkeit des Forderungsrechtes aus dem pactum de mutuo dando: Seuff. Arch. XIX. 35, Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck II Nr. 86.

[6] Die Forderung auf Alimentation geht darauf, daß diese bestimmte Person, Kind, Vater ꝛc. ꝛc. ernährt ꝛc. ꝛc. werde. Würde die Forderung übertragen, so wäre es zwar möglich, daß der zu Alimentirende in dem für die Abtretung erhaltenen Entgelt seinen Unterhalt dennoch hätte; aber nothwendig ist dieß durchaus nicht. Anders wird zu entscheiden sein, wenn die Forderung nicht sowohl auf Alimentation, als auf eine fixirte Leistung geht, welche zur Alimentation dienen soll. Diese Leistung genießt der Berechtigte

darauf, daß nur einer Person, die eine gewisse Eigenschaft hat, oder die in einem gewissen Verhältniß steht, geleistet werden soll, so ist die Uebertragung auch nur an solche Personen zulässig, bei welchen diese Eigenschaft oder dieses Verhältniß zutrifft[8].

d) Verboten ist die Uebertragung von Forderungen, welche im Streit befangen sind[9].

Bei den hier nicht genannten Forderungen ist die Uebertragung zulässig. Namentlich ist sie zulässig bei Forderungen, welche auf einem persönlichen Privilegium des Gläubigers beruhen[10]; bei bedingten[11], befristeten[11] und zukünftigen[12] Forderungen; bei Forderungen auf einen zusammengesetzten Leistungsinhalt (§. 252 Nr. 3), wenn dieser Inhalt sich auch erst im Laufe der Zeit entwickelt[13]; bei Forderungen aus gegenseitigen Verträgen und

---

auch dadurch, daß er das Forderungsrecht durch Uebertragung zu seinen Zwecken verwerthet; der Zweck aber, welcher mit der Leistung erreicht werden soll, gehört nicht zum Inhalt der Leistung. Die Meinungen sind hier jedoch verschieden. Mühlenbruch S. 329, Puchta S. 466, Sintenis S. 799, Schmid II S. 287.

[7] Ein anderes Beispiel gewähren die operae officiales des römischen libertus. L. 9 §. 1 D. de op. lib. 38. 1. Mühlenbruch S. 304. Ferner das Retractrecht. Mühlenbruch S. 323 fg., Schmid II S. 287.

[8] Sintenis S. 800 Note 32.

[9] S. I §. 125 Nr. 1 und die das. Citirten. Seuff. Pand. 299 Note 8. Arch. V. 9. 10, XI. 135, XII. 89, XIV. 251, XV. 217. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck II S. 82.

[10] So kann z. B. der Minderjährige sein Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand übertragen. L. 24 pr. D. de min. 4. 4. S. jedoch auch Sintenis S. 801 Note 38.

[11] L. 17. 19 D. h. t. 18. 4, l. 43 D. mand. 17. 1.

[12] Bei zukünftigen Forderungen — d. h. bei Forderungen, für welche noch nicht einmal der Grund gelegt ist (I §. 225 Note 6). Doch läßt sich für diesen Satz kein zwingender Beweis beibringen. Das beste Argument für denselben ist die Zulässigkeit der Verpfändung des künftigen Vermögens (l. 9 C. quae res pign. 8. 17), also auch der zukünftig zu erwerbenden Forderungen. L. 3 C. de don. 8. 54 („Spem futurae actionis . . . posse transferri, non immerito placuit") kann sehr wohl von einer bedingten Forderung verstanden werden (§. 4 I. de V. O. 3. 15); l. 11 D. h. t. 18. 4 handelt nicht von einer zukünftigen Erbschaft. Mühlenbruch S. 259—262, Schmid II S. 284.

[13] So kann übertragen werden z. B. die Forderung des Auftraggebers, des Gesellschafters 2c. 2c., d. h. die Forderung auf Alles, was der Auftraggeber oder Gesellschafter auf Grund des Auftrags- oder Gesellschaftsvertrages jetzt

aus Thatsachen, aus welchen dem Schuldner ein möglicher Gegenanspruch erwächst[14]; bei accessorischen Forderungen[15]. Auch das einer natürlichen Verbindlichkeit entsprechende Recht kann übertragen werden[16].[17]

2. Die Uebertragung ist nicht zulässig an alle Personen.

a) Sie ist nicht zulässig an einen Mächtigeren[18], d. h. an eine Person, welcher gegenüber dem Schuldner die Vertheidigung erschwert oder geschmälert ist. Jedoch ist bei diesem Verbot

---

zu fordern hat oder später zu fordern haben wird. Dadurch wird freilich der Erwerber nicht Auftraggeber oder Gesellschafter, und namentlich gehen auch nicht die Verpflichtungen des Uebertragenden auf ihn über. Vgl. Mühlenbruch S. 307, Puchta S. 464. Seuff. Arch. V. 125.

[14] Eine actio contraria. Vgl. §. 320. Aber durch die Uebertragung wird der Schuldner nicht der Einrede verlustig, welche ihm aus der nicht gemachten Gegenleistung oder aus der Nichtbefriedigung seines Gegenanspruches erwachsen ist. Seuff. Arch. I. 28, V. 125, VIII. 35, XI. 32. 225, XIII. 89, vgl. XIV. 225. — Daraus, in Verbindung mit dem in der vorigen Note Gesagten, folgt, daß namentlich auch die Forderungen aus dem Pacht- und Miethcontract übertragen werden können. Glück XVIII S. 27 fg., Cropp in Heise und Cropp jur. Abhandlungen I Nr. 10, Schmid II S. 314 fg., vgl. Mommsen Erörterungen I S. 136 in der Note; a. M. Mühlenbruch S. 310 fg. und die bei Glück XVIII S. 28 Citirten. Seuff. Arch. XVI. 209.

[15] Vgl. über die verschiedenen Meinungen Mühlenbruch §. 28, Puchta S. 467, Vangerow III S. 119, Sintenis S. 801.

[16] Vgl. l. 40 pr. l. 64 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. Mühlenbruch S. 252 fg. Ein besonderer Aufsatz über diese Frage: d'Avis und Arndts in Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. X. 5. A. M. Schwanert Naturalobligationen S. 176 fg., Schmid I S. 54 fg. Man nimmt aber das Compensationsrecht aus; dieses soll auf den Erwerber nicht übergehen. Ich halte das nicht für richtig; jedenfalls muß man, wenn man diese Ausnahme macht, sie auch auf den Fall erstrecken, wo der Schuldner nach der Uebertragung eine Forderung gegen den Cessionar erwirbt, an welchen Fall man nicht zu denken scheint. Nur wenn die Uebertragung böswilliger Weise zu dem Ende geschieht, um den Schuldner zu benachtheiligen, wird man m. E. dem Cessionar das Compensationsrecht absprechen dürfen. Eine mittlere Meinung deutet auch Vangerow S. 116 an („in der Regel"). — Uebrigens ist diese Frage nach dem in §. 289 Ausgeführten für das heutige gemeine Recht unpraktisch.

[17] Ueber die Uebertragung von Correalforderungen: Fritz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX S. 63 fg.

[18] An einen potentior. L. 2 C. ne liceat potent. 2. 14, vgl. c. 2 X. de al. iud. mut. 1. 42. Mühlenbruch §. 30, Puchta S. 470, Fritz Erläut. II S. 213 fg., Vangerow III S. 120—122, Sintenis II S. 802 Anm. 40.

vorausgesetzt, daß die Uebertragung in der Absicht geschieht, um den Schuldner zu drücken[19]. Die Folge der Uebertretung des Verbots ist nicht bloß Nichtigkeit der Uebertragung, sondern auch Verlust der Forderung für den Gläubiger und Befreiung des Schuldners[20].

b) Nach demselben Gesichtspunkt und mit denselben Folgen ist verboten die Uebertragung einer Forderung, welche einem Juden gegen einen Christen zusteht, an einen anderen Christen[21].

c) Verboten ist ferner die Uebertragung einer Forderung gegen den Bevormundeten an den Vormund, und selbst an den gewesenen Vormund die Uebertragung einer Forderung, welche bereits zur Zeit der Vormundschaft bestanden hat[22], ebenfalls bei Strafe des Verlustes der Forderung zu Gunsten des Schuldners[23].

Wenn einem Kinde in väterlicher Gewalt eine Forderung gegen den Vater übertragen wird, und der Entgelt wird aus

---

[19] Dieß geht hervor aus dem Schluß der gesetzlichen Bestimmung („aperta enim credentium videtur esse voracitas, qui alios actionum suarum redimunt exactores“), aber auch schon daraus, daß auf die Uebertretung der Vorschrift eine Strafe gesetzt wird („debiti creditores iactura mulctentur“). Andere verlangen Arglist des Uebertragenden nicht. S. die bei Mühlenbruch S. 371 Note 284 Genannten. Mühlenbruch (und mit ihm Fritz) läßt die Strafe des Gesetzes nicht einmal bei Arglist eintreten, sondern versteht das Gesetz nur von dem Fall des Vorschiebens eines beschwerlicheren Gegners durch simulirte Uebertragung. S. dagegen Vangerow a. a. O. — Unter den heutigen Verhältnissen hat das Verbot sehr an Bedeutung verloren. Sintenis a. a. O. leugnet seine Anwendbarkeit ganz. Vorausgesetzt wird seine Anwendbarkeit in dem Urtheil des OAG. zu Lübeck bei Kierulff Entscheidungen ꝛc. ꝛc. II S. 82. Vgl. auch Holzschuher III §. 221 Nr. 3. b.

[20] Andere lassen die Forderung an den Fiscus fallen. Mühlenbruch S. 377. — Bleibt eine natürliche Verbindlichkeit übrig? S. darüber §. 289 Note 22, Schwanert Naturalobligationen S. 476.

[21] R. A. 1551 §. 79, R. P. O. 1577 Tit. 20 §. 4. Mühlenbruch §. 34, Puchta S. 471, Vangerow III S. 123, Sintenis II S. 804. In Betreff der heutigen Anwendbarkeit dieses Verbotes s. namentlich Holzschuher III §. 221 Nr. 3. a.

[22] Nov. 72 c. 5. Mühlenbruch §. 32, Puchta S. 468, Vangerow III S. 122, Sintenis II S. 803. Seuff. Arch. IX. 23, XIX. 36.

[23] — „et lucrum fieri adolescentis“. S. §. 289 Note 22, Mühlenbruch S. 392, Puchta S. 469, Schwanert Naturaloblig. S. 478.

dem Vermögen des Vaters genommen, so bleibt nur eine natürliche Verbindlichkeit bestehen (§. 289 Nr. 6)[24].

δ. Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Erwerber.

§. 336.

Der bisherige Gläubiger ist verpflichtet, dem Erwerber die in seinen Händen befindlichen Beweismittel, — wenn die Uebertragung auf seiner Willenserklärung beruht, die zur Verfolgung der Forderung nöthigen Beweismittel einzuhändigen[1]. Was der Gläubiger nach der Uebertragung von der Forderung einzieht, muß er dem Erwerber herausgeben[2]. Auf die Frage, wie weit der Gläubiger dem Erwerber hafte, ob bloß für juristische Existenz, oder auch für factische Realisirbarkeit der Forderung, läßt sich aus der bloßen Thatsache der Uebertragung eine Antwort nicht geben; es kommt auf das der Uebertragung zu Grunde liegende Rechtsverhältniß an[3].

---

[24] L. 7 D. de O. et A. 44. 7. „Actiones adversus patrem filio praestari non possunt, dum in potestate est filius". Auszunehmen ist, auch im Sinne dieser Stelle, der Erwerb aus dem castrensischen Peculium, im Sinne der Compilatoren ferner der aus dem adventicischen. Vgl. §. 289 Note 27, und über die verschiedenen Meinungen Mühlenbruch §. 33, Puchta S. 465, Vangerow III S. 118, Sintenis II S. 799.

[1] Der Erklärung, daß eine Forderung übertragen sein solle, wird nicht genügt, wenn der Erwerber nicht auch in den Stand gesetzt wird, die Uebertragung zu beweisen. Wenn das Gesetz oder der Richter eine Forderung übertragen, so wollen sie ebenso sehr, daß auf den Erwerber die in den Händen des Gläubigers befindlichen Beweismittel übergehen sollen, als sie den Uebergang der Forderung selbst wollen. Vgl. Mühlenbruch S. 621, Puchta S. 480, Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 481. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck II S. 426. §. 336.

[2] Denn es ist in sein Vermögen, wenn auch auf formell gerechtfertigtem Wege, doch materiell ungerechtfertigt gekommen; es ist also, wenn nicht ein Anspruch aus dem der Cession zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß (l. 23 §. 1 D. h. t. 18. 4), jedenfalls die condictio sine causa begründet. Vgl. l. 39 D. de stip. serv. 45. 3, l. 31 §. 1 D. de R. C. 12. 1, l. 23 eod., l. ult. D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 C. de reb. al. non alien. 4. 51 (§. 422 Note 4). Das Gleiche gilt, wenn ein zweiter Cessionar die Forderung einzieht. Vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 117, Bähr das. S. 439.

[3] Dieser handgreiflich richtige Satz ist namentlich geltend gemacht und mit Sorgfalt durchgeführt worden in der Schrift von Schliemann: die Haftung

ε. Uebertragung dinglicher Ansprüche*.

§. 337.

Wie Forderungen (obligatorische Ansprüche), so können auch dingliche Ansprüche übertragen werden[1]. Dafür gelten analoge Grundsätze, wie für die Uebertragung obligatorischer Ansprüche.

1. Die Uebertragung kann beruhen auf Willenserklärung des Berechtigten, richterlicher Verfügung, gesetzlicher Vorschrift[2].

2. Die Uebertragung macht den Erwerber sofort zum An=

---

des Cedenten, (1848, 2. Ausg. 1850). Früher lehrte man als Regel, daß der Cedent für juristische Existenz (de veritate nominis), nicht aber für factische Realisirbarkeit (de bonitate) hafte, indem man generalisirte, was l. 4. 5 D. h. t. 18. 4, l. 74 §. 3 D. de evict. 21. 2 für den Fall des Forderungskaufes sagen. Auf diesem Standpunkte stehen noch (mehr oder minder) Mühlenbruch §. 64, Puchta S. 481, Sintenis S. 809 (welcher die Schrift von Schliemann nicht zu kennen scheint). Beispiele: 1) der Käufer haftet für Existenz, nicht für Realisirbarkeit (s. die citirten Stellen); 2) der Verwalter fremden Vermögens, welcher das herauszugebende Vermögen in Forderungen angelegt herausgibt, haftet für Beides; 3) der Schenker haftet für keines von Beidem (l. 18 §. 3 D. de don. 39. 5). Vgl. Seuffert Pand. §. 300 von Note 4 an; Seuff. Arch. XI. 62. — Was gehört zur bonitas nominis? Seuff. Arch. V. 149, XIII. 20.

§. 337. * Vgl. über diese bis dahin vernachlässigte Lehre (ungenügend Mühlenbruch S. 18. 247 fg. 507) namentlich den Aufsatz von Ihering Jahrb. f. Dogm. I. 3 (1857). Dazu Windscheid die Actio ꝛc. §. 22, Zimmermann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XV. 4, Bekker Jahrb. f. gem. R. IV S. 205 fg., Sintenis II §. 128 Anm. 26. Ferner Schmid II S. 328 fg.

[1] Die Quellen sprechen davon in folgenden Anwendungen: 1) Uebertragung der rei vindicatio an denjenigen, welcher die Sache leisten soll, aber sie nicht leisten kann, und dafür Schadensersatz geben muß (l. 63 D. de R. V. 6. 1, l. 25 §. 8 D. loc. 19. 2, l. 12 D. de re iud. 42. 1); 2) Uebertragung der rei vindicatio an denjenigen, welchem die Sache geleistet werden soll, der aber, weil der Gegner ohne seine Schuld die Sache nicht mehr hat, weder die Sache selbst noch Schadensersatz erhält (l. 21 D. de R. V. 6. 1, §. 3 I. de emt. et vend. 3. 23, l. 35 §. 4 D. de contr. emt. 18. 1, l. 14 pr. D. de furt. 47. 2, l. 39 D. de don. i. v. e. u. 24. 1; 3) Verkauf der actio in rem, l. 9 C. h. t. 4. 39.

[2] Ein Fall gesetzlicher Uebertragung in l. 63 D. de R. V. 6. 1: „cum tamen praetor auxilium quandoque laturus sit“. — Nicht hierher gehören die Fälle, wo die dem Nichteigenthümer gegebene rei vindicatio utilis der römische Ausdruck des übergegangenen Eigenthumsrechtes, oder nur eine andere Form eines obligatorischen Anspruchs ist. S. I §. 174 Note 6.

spruchsberechtigten[3], der bisherige Anspruchsberechtigte wird aber erst durch Ergreifung des Anspruchs von Seiten des Erwerbers dem Verpflichteten gegenüber (Anzeige) ausgeschlossen[4].

3. Der Erwerber erwirbt den Anspruch nicht bloß in seiner gegenwärtigen, sondern auch in seiner zukünftigen Gestaltung. Daher kann im Besonderen der Erwerber eines Eigenthumsanspruchs nicht bloß gegen den gegenwärtigen, sondern auch gegen den zukünftigen Besitzer auftreten. Er kann auch gegen den Eigenthümer selbst auftreten, wenn dieser den Besitz erlangt[5].

4. Der Erwerber des dinglichen Anspruchs erwirbt aber nicht das dingliche Recht; dieses bleibt vielmehr bei dem bisherigen Anspruchsberechtigten[7]. Verliert der Letztere das dingliche Recht, so geht damit auch der auf den Erwerber übergegangene dingliche Anspruch unter[8]. Jedoch müssen die Rechtsnachfolger des Uebertragenden, und nicht bloß seine Gesammtnachfolger, die von ihm

---

[3] Unrichtig Windscheid die Actio rc. S. 220; s. §. 331 Note 8.

[4] Dieß leugnet Ihering a. a. O. S. 111 fg.; er will das Recht der Denuntiation auf die Cession dinglicher Ansprüche nicht übertragen wissen. Dagegen Windscheid S. 220, Bekker S. 208, Sintenis a. a. O. S. auch Zimmermann S. 111.

[5] L. 63 D. de R. V. 6. 1: — „ipso quoque, qui litits aestimationem perceperit, possidente debet adiuvari". A. M. Ihering S. 110; dagegen Bekker S. 207, Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 444, Zimmermann S. 109, Schmid S. 329 fg. Vgl. auch Windscheid die Actio rc. S. 136.

[6] Aber der Anspruch kann ihm zu dem Ende abgetreten sein, damit er durch Erlangung des Besitzes das Recht erwerbe. Ihering S. 119.

[7] Der obligatorische Anspruch erschöpft das obligatorische Recht; ist er von dem bisherigen Gläubiger auf den neuen Erwerber übergegangen, so ist in der That der Letztere Gläubiger geworden, und Jener hat aufgehört, es zu sein. Dagegen erschöpft der dingliche Anspruch das dingliche Recht nicht; er ist nur Eine Seite desselben.

[8] Dieß habe ich früher geleugnet (die Actio rc. S. 221). Aber der Anspruch ist doch immer nur eine Erscheinungsform des Rechtes, und steht und fällt daher mit demselben. Wenn das römische Recht bei dem obligatorischen Anspruch das Gegentheil annahm, so hatte dieß seinen Grund darin, daß es dem Cedenten nicht sowohl das Recht ließ, als vielmehr nur den nackten Namen des Rechtes. Denkbar freilich wäre eine Rechtsgestaltung, wodurch der dingliche Anspruch zu einer durchaus selbständigen, und lediglich ihren eigenen Gesetzen folgenden Existenz erhoben würde; aber daß das römische Recht so weit gegangen sei, wird durch Nichts bewiesen. Vgl. Ihering S. 122.

vollzogene Uebertragung gegen sich gelten lassen, seine Gesammtnachfolger unbedingt, seine Sondernachfolger mit der in der Note[9] bezeichneten Maßgabe.

b. Sondernachfolge in die Schuld*.

§. 338.

Das römische Recht hat eine Sondernachfolge in die passive Seite der obligatio ebenso wenig anerkannt, wie es dieß in Betreff der activen Seite gethan hat. Auch auf dem Wege der Uebertragung der actio hat es den Schuldübergang nur in solchen Fällen ermöglicht, wo derselbe von einer gesetzlichen Regel gefordert wird[1]. Dagegen hat es nicht anerkannt, daß durch Vertrag die actio von einem Schuldner auf den andern übertragen werden könne[2]. So kann nach römischem Recht durch Vertrag

---

[9] Es ist zu unterscheiden, ob der dingliche Anspruch zum Zweck des Erwerbes des dinglichen Rechtes abgetreten ist (Note 6), oder nicht. Im ersten Fall haftet der Sondernachfolger unbedingt, nach Analogie der s. g. exceptio rei venditae et traditae (I §. 197), im zweiten Fall haftet er nur, wenn seine Rechtsnachfolge auf wohlthätigem Titel beruht, ebenso der Pfandgläubiger, l. 4 §. 27—31 D. de doli exc. 44. 4. Schmid S. 332 läßt den Rechtsnachfolger immer nur in der zuletzt gedachten Weise, Ihering S. 110 gar nicht, Bekker S. 207 unt. unbedingt haften.

§. 338. * Ueber diese Lehre ist vor Allem zu vergleichen die höchst verdienstliche Schrift von Delbrück: die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Recht (1853); s. darüber Windscheid krit. Ueberschau I. 2 und Hinrichs in der Kieler Allg. Monatsschrift Jahrg. 1853 S. 685 fg. Ferner: Kuntze die Obligation ꝛc. S. 301 fg. (1856), Windscheid die Actio ꝛc. § 21 (1856), Busch Verträge zu Gunsten Dritter §. 18—24 (1860), Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 170 fg. (1863), Zaun Arch. f. prakt. RW. N. F. I S. 113—131 (1864), v. Salpius Novation und Delegation §. 55. 56. 67—69. 80 (1864), Gürgens Jahrb. f. Dogm. VIII. 8 (1866), Arndts §. 254 Anm. 7, Rudorff in der 10. Aufl. von Puchta's Pandekten §. 285[a], Sintenis II §. 102 Anm. 132. S. auch die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Beseler §. 118 und Bluntschli §. 110.

[1] Beispiele: l. 61 D. de proc. 3. 3, l. 4 pr. D. de re iud. 42. 1; l. 1 C. quando ex facto tut. 5. 39, l. 8 D. eod. 26. 9.

[2] Es stand nichts im Wege, daß der Schuldner dem Gläubiger einen procurator in rem suam gegenüberstellte, in gleicher Weise, wie der Gläubiger dem Schuldner einen procurator in rem suam gegenüberstellen konnte. Aber

ein Wechsel in der Person des Schuldners nur in der Weise bewerkstelligt werden, daß an die Stelle der vorhandenen Obligation eine neue gesetzt wird (Novation).

Weiter geht das heutige Recht. Das heutige Recht erkennt an, daß durch Vertrag an die Stelle des bisherigen Schuldners ein anderer Schuldner auch unter Aufrechterhaltung der Identität der Obligation gesetzt werden könne[3]. Nur bedarf dieser

---

aus dem Vertrage, durch welchen Jemand die gegen den Schuldner begründete actio als procurator in rem suam übernahm, erwuchs nicht in gleicher Weise für ihn eine Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber, wie aus der Bestellung eines procurator in rem suam durch den Gläubiger für den procurator ein Recht (actio utilis) gegen den Schuldner erwuchs. Ebenso wenig, wie durch das mandatum actionis, wurde durch eine in anderer Form gemachte Schuldübernahme eine utilis actio gegen den Uebernehmer begründet. L. 2 C. h. t. 4. 39. „Ratio iuris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas, et cum eo, cui hereditatem vendidisti, tu experiaris suo ordine . . . Quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest". Ebenso l. 26 C. de pact. 2. 3, l. 22 C. de don. 8. 54, l. 28 D. eod. 39. 5, l. 72 pr. D. de I. D. 23. 3. Natürlich blieb der Schuldner in gleicher Weise verhaftet, wie der Uebernehmer nicht verpflichtet wurde. S. übrigens auch l. 2 C. de pactis 2. 3. „Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emtores actiones suas movisse probare poteris, eosque eas spontanea voluntate suscepisse, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis". Vgl. Delbrück S. 121—127, Windscheid Actio S. 204—208.

[3] Wenn der Wille der Parteien wirklich darauf gerichtet ist, daß die bestehende Obligation übergehen, nicht eine neue geschaffen werden solle, so ist nicht abzusehen, weßwegen diesem Willen nicht Folge gegeben werden dürfte. Ist die Obligation in ihrem juristischen Bestande von der Person dieses bestimmten Gläubigers unabhängig, so kann sie auch den Wechsel des Schuldners überdauern; die Person des Schuldners ist für den juristischen Bestand der Obligation nicht wesentlicher, als die Person des Gläubigers. Die Römer wurden zur Annahme einer Novation dadurch gedrängt, daß für sie der, hier unter allen Umständen erforderliche (s. Note 4 und das im Text sogleich Folgende), Beitritt des Gläubigers in anderer Form, als der der Stipulation, nicht möglich war; eine Stipulation aber erzeugte immer eine neue Obligation. Wie wenig aber auch das römische Recht der Ansicht war, daß durch die Novation das praktische Bedürfniß befriedigt werde, zeigt der von ihm anerkannte Satz, daß auf die neue Obligation das Pfandrecht der alten übertragen werden könne (I §. 233ᵇ Nr. 1), ein Bruch der Rechtsconsequenz von der schärfsten Art. — v. Salpius a. a. O., welcher dieses Letztere mit ungenügenden Gründen bestreitet (a. a. O. §. 35), und in der Novation trotz dem, daß sie

Vertrag zu seiner Gültigkeit der Zustimmung des Gläubigers, in dessen Interessen durch die Schuldübernahme in ganz anderer Weise eingegriffen wird, als durch die Forderungsübertragung in die Interessen des Schuldners[4]. Diese Zustimmung kann ausdrücklich oder stillschweigend[5], sie kann gleichzeitig oder nachfolgend sein[6]. Ist die Zustimmung keine gleichzeitige, so bleibt jedenfalls

---

die Identität der Obligation zerstört, eine Succession sieht (vgl. §. 329 Note 10, §. 353 Note 5), glaubt, daß die Novation allen Bedürfnissen des Verkehrs genüge. Aber jedenfalls macht dieselbe in Betreff der Pfandrechte einen neuen Vertrag nöthig, und die Concursprivilegien zerstört sie trotz alles Vorbehaltes (l. 29 D. de nov. 46. 2).

[4] Die Obligation erleidet durch den Wechsel des Schuldners, wenngleich keine Aenderung ihres juristischen Bestandes, doch möglicherweise eine bedeutende Aenderung ihres öconomischen Werthes. Eine nicht realisirbare Forderung ist im öconomischen Resultate gleich einer nicht existirenden.

[5] Eine stillschweigende Zustimmung des Gläubigers liegt in jeder Behandlung des Uebernehmers als Schuldners, namentlich auch in der Erhebung der Klage gegen denselben, vgl. l. 3 C. de pact. 2. 3. Windscheid krit. Ueberschau S. 45, Gürgens S. 274 fg.

[6] Das Verhältniß ist das gleiche, wie bei der Veräußerung einer fremden Sache, oder, was hier noch näher liegt, einer fremden Forderung. Die Veräußerung ist ungültig ohne Zustimmung des Berechtigten, wird aber gültig durch dessen hinterher ertheilte Genehmigung (I §. 81 Nr. 3). Dieß ist die einfachste und natürlichste Construction der Schuldübernahme ohne gleichzeitige Mitwirkung des Gläubigers, wie sie vertreten wird von Gürgens, und wohl auch von Arndts und Rudorff. Einen andern Weg der Construction habe ich in der ersten Auflage dieses Lehrbuchs eingeschlagen: ich habe angenommen, daß in der Erklärung der Schuldübernahme dem Schuldner gegenüber auch eine Schuldnererklärung dem Gläubiger gegenüber liege, und daß durch dessen nachfolgende Acceptation dieser Erklärung ein Vertrag zwischen ihm und dem Schuldübernehmer zu Stande komme. Diese Construction halte ich auch jetzt noch für möglich, aber jetzt für entbehrlich. Sie entspricht auch dem praktischen Bedürfniß nur unvollkommen, weil sie den Schuldübernehmer dem Gläubiger gegenüber ungebunden läßt, bis dieser seine Acceptation erklärt hat (vgl. Note 7). Vgl. über die verschiedenen sonstigen Constructionsversuche, welche gemacht worden sind, Delbrück S. 73 fg. (Windscheid krit. Ueberschau S. 32—35), auch Gürgens S. 235 fg. Delbrück selbst nimmt einen auf deutscher Rechtsanschauung und moderner Rechtsentwicklung beruhenden Rechtssatz an, kraft dessen die Schuld, als sachlicher Niederschlag der Obligation, wie eine Sache aus einem Vermögen in das andere übertragen werden könne. S. dagegen Windscheid krit. Ueberschau S. 36—40, Kuntze §. 77—79, Gürgens S. 250 fg. Kuntze

der Uebernehmer bis zu der vom Gläubiger getroffenen Entscheidung gebunden[7]. Es ist aber, wenn der Gläubiger zu der Verhandlung zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer nicht zugezogen wird, wohl zuzusehen, ob der Uebernehmer wirklich die Schuld auch dem Gläubiger gegenüber hat übernehmen wollen, und ob der Sinn seiner Erklärung nicht vielmehr nur der war, daß er sich dem Schuldner gegenüber anheischig mache, denselben gegen die Forderung des Gläubigers zu schützen[8].

Wie durch Vertrag der Parteien, so kann nach heutigem Recht auch durch richterliche Verfügung eine Schuldüberweisung erfolgen. Zustimmung des Gläubigers ist natürlich auch hier erforderlich[9].

---

schreibt der Schuldübernahme die Kraft zu, aus der Obligation des Schuldners in der Person des Uebernehmers ohne Weiteres eine Zweigobligation zu erzeugen. Vgl. darüber Windscheid S. 214. 180—181, Gürgens S. 258 fg. Bähr sieht in dem Schuldübernehmungsvertrag eine durch den Schuldner dem Gläubiger ertheilte Ermächtigung, seinen (des Schuldners) Anspruch gegen den Uebernehmer als sein Vertreter geltend zu machen, Zaun, wie Frühere, eine stillschweigende Cession. S. dagegen §. 316 Note 19. Alle diese Schriftsteller lassen aber neben dem Uebernehmer auch den Schuldner fortfahren zu haften, während nach der hier vertretenen Construction der Schuldner dadurch ausscheidet, daß der Uebernehmer eintritt. — Aus der Praxis: s. die bei Busch a. a. O. unter den Nummern 1. 9. 10. 12. 17. 20. 24. 25. 28. 30. 35 angeführten Entscheidungen, ferner Seuff. Arch. VIII. 30, XI. 83.

[7] Wie der Veräußerer einer fremden Sache deßwegen nicht weniger gebunden ist, weil der Eigenthümer seine Zustimmung zur Veräußerung noch nicht gegeben hat. — Wird vor ertheilter Zustimmung des Gläubigers die Schuld weiter übernommen, so ist auch der fernere Schuldübernehmer gebunden. Gürgens S. 306 fg.

[8] Vgl. Windscheid Actio S. 211. Vgl. Seuff. Arch. XX. 27.

[9] Nach römischem Recht erlangte der Gläubiger auch durch seinen Beitritt einen Anspruch gegen denjenigen, welchem die Schuld überwiesen worden war, nicht; er konnte ihn nur belangen, wenn derselbe sich freiwillig als Vertreter des Schuldners stellte. Vgl. l. 30 D. fam. herc. 10. 2. Wenn nach heutigem Recht der Uebergang auf ein anderes Subject überhaupt möglich ist, muß er auch durch richterliche Verfügung bewerkstelligt werden können; der Wille desjenigen, welcher Schuldner werden soll, wird hier durch die richterliche Verfügung in derselben Weise ersetzt, wie bei der Forderungsüberweisung der Wille des bisherigen Gläubigers.

§. 239.

Die Schuld geht auf den neuen Erwerber über, wie sie beim alten Schuldner war. Sie geht also über mit ihren Einreden; ausgenommen sind bloß diejenigen, welche sich nur auf diese bestimmte Schuldnerperson, nicht auf die Schuld als solche beziehen[1]. Ebenso geht die Schuld auf den Erwerber über mit ihren Vorzügen, namentlich mit ihren Nebenrechten[2]. Jedoch ist, wenn ein Dritter sich für die Schuld verbürgt oder für dieselbe ein Pfand bestellt hat, zuzusehen, ob derselbe nicht die Absicht gehabt hat, nur für diese bestimmte Schuldnerperson Sicherheit zu gewähren; im Zweifel wird dieß allerdings anzunehmen sein[3].

Gründe der Anfechtbarkeit aus dem Verhältniß zwischen Schuldner und Schuldübernehmer wirken gegen den Gläubiger nicht[4].

§. 340.

Was die Zulässigkeit der Schuldübernahme angeht[1], so gibt es positive Beschränkungen derselben, wie bei der Forderungs-

---

§. 339. [1] Vgl. §. 332 Nr. 1 und l. 7 pr. D. de exc. 44. 1. „Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios; veluti ea, quam socius habet exceptionem quod facere possit vel parens patronusve, non competit fideiussori . . .“. Delbrück S. 108 fg., Gürgens S. 299 fg. — Die Auffassung Bährs (§. 338 Note 7) führt zu der Consequenz, daß der Schuldübernehmer keine Einrede entgegensetzen kann, welche dem Schuldner gegen den Gläubiger, dagegen alle, welche ihm selbst gegen den Schuldner aus dem Uebernehmungsvertrag zustehen. Bähr a. a. O. S. 176. Es versteht sich von selbst, daß nach der hier vertretenen Ansicht der Gläubiger von diesen letzteren Einreden ganz unberührt bleibt.

[2] Gürgens S. 289 fg. Der Gläubiger behält also dem neuen Schuldner gegenüber dasselbe Pfandrecht, welches er dem alten Schuldner gegenüber hatte, ohne daß darüber eine besondere Beredung nöthig wäre. Ebenso behält der Gläubiger ein ihm zustehendes Concursprivilegium.

[3] Bürgschaft und Verpfändung für einen Andern haben regelmäßig die Natur eines Dienstes, welcher gerade dieser bestimmten Person erwiesen wird, mit Rücksicht auf das zwischen ihr und dem Bürgen ꝛc. bestehende Verhältniß, und mit Rücksicht auf ihre ökonomische Lage.

[4] Die Schuldübernahme ist keine Leistung an den Gläubiger, sondern eine Leistung an den Schuldner in der Person des Gläubigers. Vgl. §. 355 Nr. 2. b. c, §. 412 Note 10, und Delbrück S. 48, Gürgens S. 280 fg.

§. 340. [1] Vgl. Delbrück S. 41, Gürgens S. 288.

übertragung, nicht. Aus der Natur der Sache folgt aber, daß sie nur da zulässig ist, wo die Erfüllung durch den Uebernehmer objectiv möglich ist[2], und nur da, wo sie durch den die Schuld begründenden Willen nicht ausgeschlossen ist[3]. Zulässig ist die Schuldübernahme namentlich auch bei Verpflichtungen mit zusammengesetztem Leistungsinhalt und bei Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen[4].

VII. Aufhebung des Forderungsrechtes.

A. Allgemeines.

§. 341.

1. Ein Forderungsrecht kann in doppelter Weise aufgehoben werden, direct und indirect. Direct — es ist gar kein Forderungsrecht mehr vorhanden; indirect — das Forderungsrecht ist zwar noch vorhanden, aber für den Schuldner ist die Befugniß entstanden, sich durch Einrede gegen die Geltendmachung desselben zu schützen[1].

---

[2] Aus diesem Grunde darf bei den s. g. actiones vindictam spirantes auch eine Schuldübernahme nicht anerkannt werden. So wenig demjenigen Genugthuung für eine Kränkung gegeben werden kann, welcher die Kränkung nicht erlitten hat (§. 335 Note 1), so wenig kann derjenige Genugthuung geben, welcher die Kränkung nicht verübt hat. — Bloß subjective Unmöglichkeit schadet nicht. So gut wie z. B. eine Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung für einen Andern als den Eigenthümer begründet werden kann, so gut kann sie auf einen Andern übergehen.

[3] Auch der Consens des Gläubigers kann in einem solchen Fall den Schuldübergang nicht möglich machen. Es wird durch diesen Consens zwar der alte Schuldner entlastet, und der neu Eintretende verpflichtet; aber die Obligation ist nicht mehr die nämliche. Es liegt jetzt in der That eine Novation vor.

[4] Im Besonderen also auch bei der Verpflichtung aus dem Pacht- und Miethvertrag. So, wenn der Käufer die Verpflichtung, welche der Verkäufer als Vermiether hat, übernimmt. Man hat die Verpflichtung des Käufers dem Miether gegenüber auch aus l. 9 C. loc. 4. 65 herleiten wollen; mit Unrecht — diese Stelle redet nur von einer Verpflichtung des Käufers dem Verkäufer gegenüber. Vgl. Busch Verträge zu Gunsten Dritter S. 66, Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 182.

[1] Obligatio ipso iure perimitur, tollitur, evanescit — actor summo- §. 341.

2. Die Aufhebung eines Forderungsrechtes ist regelmäßig eine vollständige, so daß auch keine natürliche Verbindlichkeit übrig bleibt; möglich ist auch das Gegentheil.

3. Die naturgemäße Aufhebungsart des Forderungsrechtes ist seine Erfüllung[2]. Es kann aber auch in anderer Weise als durch Erfüllung eine Befriedigung[3] des Gläubigers eintreten. Endlich kann das Forderungsrecht auch untergehen, ohne daß der Gläubiger befriedigt wird[4].

---

vetur, removetur, expellitur, excluditur exceptione. Ueber diese und andere Ausdrücke der Quellen s. Büchel civil. Erörterungen II. 1 S. 21 fg. Die Bedeutung, welche dieser Gegensatz bei den Römern darin hatte, daß auf die exceptio in der Formel hingewiesen werden mußte, nicht aber auf den directen Wegfall der Obligation, ist natürlich für uns verschwunden; damit aber nicht alle Bedeutung des Gegensatzes überhaupt. S. I §. 47 Note 1; l. 27 §. 2 D. de pact. 2. 14. Im öconomischen Resultate ist es freilich gleich, ob Jemand gar nicht Schuldner, oder durch eine Einrede geschützt ist. Daher l. 112 D. de R. I. 50. 17. „Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur". L. 66 eod. (vgl. über diese Stelle auch Rudorff zu Puchta §. 286. c), l. 20 §. 3 D. de lib. causa 40. 12.

[2] Daraus erklärt sich der Sprachgebrauch der Quellen, daß die Erfüllung solutio schlechthin genannt wird, obgleich dieses Wort an und für sich den reinen Gegensatz zu obligatio (als Act des Obligirens), und somit eine jede Aufhebung des Forderungsrechtes bezeichnet. L. 176 D. de V. S. 50. 16: — „solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit". L. 49 D. de sol. 46. 3. Aber s. auf der andern Seite l. 54 D. eod. „Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem". L. 80 eod. L. 47 D. de V. S. 50. 16. „Liberationis verbum eandem vim habet, quam solutionis". L. 4 §. 7 D. de re iud. 42. 1. „Solvisse accipere debemus non tantum eum qui solvit, verum omnem omnino, qui . . . obligatione liberatus est . .". L. 176 D. de V. S. 50. 16. S. übrigens auch §. 342 Note 1.

[3] Satisfactio. L. 52 D. de sol. 46. 3. „Satisfactio pro solutione est". L. 49 eod., l. 13 §. 4 D. de pign. 20. 1, l. 6 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6. Jedoch kann „satisfactio" auch ohne Tilgung der Obligation eintreten, l. 53 D. de contr. emt. 18. 1, §. 41 I. de R. D. 2. 1. Vgl. Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 88 fg.

[4] Aus der Betrachtung bleiben hier ausgeschieden die Inhaber- und Ordrepapierforderungen des modernen Rechts. Für sie ist das Princip, daß sie so lange dauern, wie die Schrift, welche ihr Träger ist. Vgl. Kuntze Inhaberpapiere §. 74—76. 136. Wechselrecht S. 60—62. 291.

B. Die einzelnen Aufhebungsthatsachen.

1. Erfüllung*.

a. Wirkung und Erfordernisse.

§. 342.

Die Erfüllung[1] tilgt[2] das Forderungsrecht direct[3].

Zur Erfüllung ist erforderlich:

1) daß der Gläubiger, was er zu fordern hat, gerade auf sein Forderungsrecht erhalten habe[4].

2) daß er gerade dasjenige erhalten habe, was er zu fordern hat. Hat er Eigenthumsübertragung zu fordern, so ist Erfüllung nur dann vorhanden, wenn ihm nicht bloß Eigenthumsrecht überhaupt, sondern auch[4a] unbeschränktes[5] und unwiderrufliches[6] Eigenthumsrecht verschafft worden ist. Bei generischen Obligationen kann daher der Gläubiger, wenn ihm kein Eigenthum oder kein ge-

---

* Dig. 46. 3 Cod. 8. 43 de solutionibus et liberationibus. — Unterholzner I S. 460—478, Sintenis II S. 394—415. §. 342.

[1] Die Bezeichnung der Quellen für Erfüllung ist solutio. Vgl. §. 341 Note 2. In einem noch engeren Sinne wird aber solutio nur auf die Erfüllung von Geldobligationen bezogen. Daraus erklärt sich, daß die heutige Rechtssprache ganz gewöhnlich statt „Erfüllung" „Zahlung" sagt. Ich kann das nur für eine Unart halten. Vgl. Sintenis II S. 394 Anm. 9. — Man bemerke noch, daß die Quellen die Ausdrücke solvere und solutio durchaus nicht immer auf die Obligation beziehen, sondern ganz gewöhnlich auch auf den Gegenstand, welcher kraft der Obligation geleistet werden soll, z. B. solvere pecuniam, rem, dotem.

[2] Pr. I. quib. mod. toll. 3. 29.

[3] §. 4 I. de inut. stip. 3. 19.

[4] L. 17 D. h. t., l. 28 D. mand. 17. 1. Eine Ausnahme findet nur in dem Fall Statt, wo eine und dieselbe Leistung den Gegenstand mehrerer Forderungsrechte bildet; hier werden dadurch, daß die Leistung auf das eine Forderungsrecht gemacht wird, auch die übrigen erfüllt (§. 298. 301). Abgesehen hiervon kann es sich bloß darum handeln, ob nicht, nachdem der Gläubiger anderweitig erhalten hat, was er zu fordern hat, das Forderungsrecht durch Unmöglichkeit der Erfüllung aufgehoben ist (§. 360 Nr. 3).

[4a] L. 45 §. 1 D. de leg. I° 30: — „ita dare debet, ut eum habere liceat". Vgl. §. 392 Note 2.

[5] L. 27 D. h. t.: — „si res tradita fuerit, quae debebatur, quamdiu aliquid iuri rei deest, tamen ipsa res petenda est". L. 20 l. 38 §. 3 i. f. l. 98 pr. D. h. t., vgl. l. 69 eod.

[6] L. 38 §. 3 l. 72 §. 5 l. 98 pr. D. h. t.

höriges Eigenthum verschafft worden ist, Leistung einer anderen Sache fordern[6a]; er kann aber auch das Interesse fordern, welches er daran hat, daß ihm an dem Hingegebenen Eigenthum verschafft worden sei[6b]. Daß dem Gläubiger Eigenthum unmittelbar verschafft worden sei, ist nicht nöthig; Erfüllung ist auch dann vorhanden, wenn der Gläubiger Eigenthum auf dem Wege der Ersitzung, oder, bei Geldschulden, der Vermischung erlangt hat[7]. Ja bei Geldschulden ist überhaupt nicht erforderlich, daß ihm Eigenthum an den hingegebenen Geldstücken verschafft worden sei; es genügt, daß er sich durch redlichen Verbrauch des Geldes dessen Vermögenswerth angeeignet habe[8]. Abgesehen von diesen Fällen

[6a] Eviction ist nicht nothwendig. Vgl. l. 38 §. 3 l. 72 §. 5 l. 69 D. h. t. Vom Fall der Eviction gehen aus l. 58 D. de evict. 21. 2, l. 29 §. 2 D. de leg. III° 32.

[6b] Er kann verlangen, daß der Schuldner zu der in der Hingabe von ihm abgegebenen Erklärung: der Gläubiger solle an dem Hingegebenen Eigenthümer werden, stehe. Nach römischem Recht freilich konnte diese Erklärung eine Verbindlichkeit nicht erzeugen, weil es ihr an der erforderlichen Contractsform fehlte. Arndts Arch. f. civ. Pr. L S. 154 meint zwar, es sei auch für das heutige Recht ein Fehler, „die Lehre von der Gültigkeit des formlosen Vertrags so weit zu treiben, daß man den Unterschied zwischen einem obligatorischen Vertrag und dem in der Tradition liegenden Vertrag ganz verkennt und verwischt". Aber wenn Arndts zugibt, wie er wirklich thut, daß zum obligatorischen Vertrag die Form des Versprechens nicht erforderlich ist, so wird er doch wohl auch in der Tradition ein obligatorisches Element anerkennen müssen, — er müßte denn eine jede Tradition so auslegen wollen: ich mache dich zum Eigenthümer, wenn ich es selbst sein sollte. Wie wenig die Römer gemeint waren, die Tradition überhaupt, und speciell die Tradition zum Zweck der Erfüllung, in dieser Weise aufzufassen, zeigen l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 131 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 27 D. h. t., l. 45 §. 1 l. 46 D. de leg. I° 30: da die Tradition an sich nicht die Verbindlichkeit erzeugte, zu ihrem Inhalt zu stehen, so wurde nur diejenige Tradition für eine rechte Tradition erklärt, bei welcher die Evictionsverbindlichkeit freiwillig übernommen worden war. S. auch Note 14. (Man könnte einen Augenblick daran denken, auch l. 15 D. quib. ex caus. in poss. 42. 4 hierher beziehen zu wollen; aber diese Stelle hat ohne Zweifel den s. g. concursus duarum causarum lucrativarum im Auge.)

[7] L. 60 D. h. t., vgl. l. 54 pr. D. de evict. 21. 2; l. 78 D. h. t.

[8] L. 14 §. 8 l. 17 D. h. t., l. 19 §. 1 D. de R. C. 12. 1, l. 9 §. 2 D. de auct. tut. 26. 8. Vgl. auch l. 94 pr. D. h. t. Hat der Gläubiger das ihm gegebene Geld unredlicher Weise, d. h. wissend, daß er nicht Eigenthümer desselben geworden sei, verbraucht, so haftet er dem Eigenthümer als fictus possessor mit rei vindicatio, actio ad exhibendum (arg. l. 11 §. 2 D. de R. C. 12. 1, §. 2 I. quib. alien. 2. 8), und condictio furtiva (§. 452. 453).

liegt in einer Leistung, welche nicht den vom Forderungsrecht verlangten Inhalt hat, Erfüllung nur dann, wenn der Gläubiger sie als Erfüllung wissentlich[9] angenommen hat[10]. Regelmäßig nun hängt es von dem freien Willen des Gläubigers ab, ob er Etwas, was Erfüllung nicht ist, als Erfüllung annehmen will[11]. Nur bei Geldschulden ist er, wenn der Schuldner sich durch Verkauf seiner Sachen Geld zu verschaffen nicht im Stande ist, verpflichtet, Immobilien des Schuldners als Erfüllung zum Schätzungswerth anzunehmen, so jedoch, daß er die Auswahl hat[12]; Kirchen und milde Stiftungen als Schuldner genießen dabei noch besondere Begün-

---

[9] Wissend, daß sein Forderungsrecht auf eine Leistung dieses Inhalts nicht gehe.

[10] In solutum accipere — in solutum, pro soluto dare. S. z. B. l. 4 §. 31 D. de dol. exc. 44. 4, l. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 4 C. de evict. 8. 45. Doch wird der Ausdruck in solutum dare auch gleichbedeutend mit solvendi causa dare, also gleich solvere gebraucht, so z. B. in l. 19 §. 1 D. de R. C. 12. 1. — Eine monographische Darstellung dieser Lehre hat in der neueren Zeit Römer gegeben: die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht, mit Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher (1860). Darüber: H. Witte krit. VJSchr. VIII S. 482—493. — Die in solutum datio wirkt, wie die Erfüllung selbst, ipso iure. Pr. I. quib. modis toll. 3. 29, l. 1 §. 5 D. de pec. const. 13. 5, l. 26 §. 4 D. de cond. ind. 12. 6, l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 17 C. h. t. Doch behaupteten die Proculianer das Gegentheil. Gai. III. 168. Römer S. 64 fg. — Die in solutum datio ist Erfüllung (kraft der vom Gläubiger in eine Leistung, welche an und für sich Erfüllung nicht ist, gelegten Kraft), sie ist nicht etwa ein zweiseitiger Vertrag, in welchem der Gläubiger seine Forderung gegen eine Gegenleistung aufgibt. Auf dieser letzteren Auffassung scheint die Meinung der Proculianer beruht zu haben. Dogmengeschichtliches bei Römer S. 4 fg.

[11] — „aliud pro alio invito creditori solvi non potest, l. 2 §. 1 D. de R. C. 12. 1. L. 16 C. h. t., pr. I. quib. mod. toll. 3. 29. — Anwendung auf die Zahlung mit Wechseln: Seuff. Arch. II. 16. 151, XIII. 227.

[12] S. g. beneficium dationis in solutum. Dasselbe beruht auf Nov. 4 c. 3 (Auth. *Hoc nisi* C. h. t.). S. darüber Marezoll in Magazin für RW. u. Gesetzgeb. IV S. 230—246, Römer S. 162—177, Unterholzner I §. 175, Sintenis II S. 149—151. Ich finde in der gesetzlichen Vorschrift weder eine Beschränkung auf den Fall, wo der Schuldner verlangen kann, zur Güterabtretung zugelassen zu werden (§. 266), noch eine Erstreckung auf bewegliche Sachen. — Eine Anwendung der Vorschrift auf die durch den dreißigjährigen Krieg in Vermögensverfall gerathenen Schuldner im J. R. A. §. 172. Hier werden ausdrücklich auch bewegliche Sachen genannt.

stigungen[13]. Wenn an dem an Erfüllungsstatt Gegebenen dem Gläubiger kein Eigenthum oder kein vollständiges Eigenthum verschafft worden ist, so hat er die Wahl, ob er die Forderung als fortbestehend ansehen, oder ob er von dem Schuldner sein Interesse fordern will[14]. Das Gleiche gilt, wenn eine nicht rechtsbe-

---

[13] Nach Nov. 120 c. 6 §. 2 (Auth. *Hoc ius porrectum* C. de ss. eccl. 1. 2). Der Schätzungswerth wird um $^1/_{10}$ erhöht, und der Gläubiger hat nicht die Wahl, sondern muß sich gefallen lassen, daß ihm neben besseren auch geringere Grundstücke gegeben werden. Außerdem, lehrt man, soll es dem Schuldner auch freistehen, den Gläubiger dadurch zu befriedigen, daß er demselben unter Bestellung eines Pfandrechts den Besitz und Fruchtgenuß eines Grundstücks einräumt, wobei der Zinsfuß auf 3% herabgesetzt werde. Aber diese Befugniß beruht nur auf dem griechischen Text der Novelle („*εἰ δὲ μὴ δυνηθῶσι τούτῳ τῷ τρόπῳ διαλῦσαι τὸ χρέος*“), während die Vulgata sie nicht anerkennt („si vero noluerit [sc. creditor] isto modo debitum transigere“; Auth: „quod si nolit creditor ita accipere“). Vgl. I. H. Böhmer ius eccl. prot. III. 16 §. 48, Puchta §. 240 a. E., Arndts §. 222 Anm. 2, Sintenis II S. 151.

[14] Das erste Recht hat er, weil er nicht die Hingabe als solche, sondern die Hingabe mit der Wirkung der Eigenthumsverschaffung mit Erfüllungskraft begabt hat; das zweite Recht hat er, weil er den Schuldner bei der von ihm abgegebenen Erklärung, daß das Hingegebene in das Eigenthum des Gläubigers übergehen solle, festhalten kann. Und hier nun (vgl. Note 6b) glaubten diesem zweiten Gesichtspunkt auch die Römer gerecht werden zu können, indem sie die Analogie des Kaufvertrages verwertheten, und dem Gläubiger eine utilis ex emto actio gaben. Freilich wurden sie dadurch auch zu der, für uns nicht mehr maßgebenden, Consequenz getrieben, daß dem Gläubiger nur wegen Eviction, nicht schon auf Grund bloß mangelnder Eigenthumsverschaffung, ein Anspruch zustehe. Das erste Recht geben ihm l. 46 pr. §. 1 D. h. t. und l. 8 C. de sent. 7. 45, vgl. auch l. 60 D. h. t., l. 26 §. 4 D. de cond. ind. 12. 6; das zweite Recht ist anerkannt in l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 4 C. de evict. 8. 45, vgl. auch l. 4 §. 31 D. de doli exc. 44. 4, l. 44 D. h. t. — Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten im Wesentlichen, nur daß er in störender Weise den Begriff des Realvertrages hineinmischt: Römer S. 54 fg. Witte S. 484 fg. nimmt es mit der Analogie des Kaufvertrages ernstlicher, und kommt dadurch zu dem Resultat, daß beide Rechte des Gläubigers eigentlich unverträglich seien, und die Römer das erste hätten sollen fallen lassen. Dernburg Pfandrecht II S. 246 fg. geht sogar so weit, das Recht der Interesseforderung für das allein maßgebende zu erklären. Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 240 will dem Gläubiger den Gegenbeweis vorbehalten, daß das Geschäft so oder so gemeint gewesen sei. Schliemann Haftung des Cedenten S. 46 fg. ist der Ansicht, daß die Quellen, wo sie den zweiten Gesichtspunkt anlegen, einen auch den Schuldner verbindenden

ständige Forderung[15] an Erfüllungsstatt gegeben worden ist[16]; dagegen haftet der Schuldner für die factische Realisirbarkeit der Forderung nicht[17].

Contract voraussetzen. Rubo in Kamptz Jahrb. f. d. Preuß. Gesetzgeb. ꝛc. XXII S. 14—16 macht darauf aufmersam, daß l. 46 cit. von einem rem pro re solvere rede, während in den übrigen Stellen ein solvere rem pro pecunia angenommen werde; er will auf Grund dieser Unterscheidung die l. 46 cit. aus dem Rechte des Tausches erklären. Es ist dieß die Meinung der Glosse. Aber selbst abgesehen davon, daß auch bei Geldschulden die in solutum datio doch nur ein kaufähnliches Geschäft, kein wirklicher Kauf ist (l. 24 pr. cit: utilis ex emto, l. 4 §. 31 cit.: vicem emtorum), würde sich aus dem Rechte des Tausches eine actio praescriptis verbis ergeben, nicht aber, daß „manet, durat prior obligatio" (l. 46 pr. cit.). Ausführliche Dogmengeschichte bei Römer S. 24 fg.

[15] Eine Forderung kann an Erfüllungsstatt gegeben werden nicht bloß durch Cession, sondern auch durch Delegation (Anweisung zum Versprechen, vgl. §. 353 Note 9). S. namentlich l. 5 l. 8 §. 3 D. ad SC. Vell. 16. 1 (— „solvit et qui reum delegat"). Jedoch ist im Fall der Delegation zuzusehen, ob nicht der eigentliche Tilgungsgrund nicht sowohl Erfüllung, als vielmehr Novation sei, was sich nach der Absicht des mit dem neu eintretenden Schuldner abgeschlossenen Vertrages entscheidet. Vgl. §. 353 Note 11, so wie Römer S. 92 fg., Witte S. 489 fg. — Nicht jede, durch Anweisung verschaffte Forderung tilgt die Obligation, sondern nur diejenige, welche der Gläubiger mit der Absicht nimmt, daß dadurch die Obligation getilgt werden solle. So wird namentlich die Obligation nicht dadurch getilgt, daß eine Zahlungsanweisung von dem Angewiesenen acceptirt wird, obgleich dadurch der Inhaber der Anweisung ein neues Forderungsrecht erwirbt. Die Behauptung von v. Salpius (Novation und Delegation §. 18. 76), daß dieß nur heutiges Recht sei, nicht römisches, ist ungegründet (vgl. §. 412 Note 17). S. auch Römer S. 97.

[16] Vgl. Schliemann Haftung des Cedenten S. 64—73, Römer S. 91 fg. 122 fg., und §. 315 Note 4. Zahlung mit Wechseln und Inhaberpapieren: Römer S. 106 fg. 130 fg., Schauberg Zeitschr. f. Handelsr. XI S. 275 fg.

[17] So auch die herrschende Meinung (s. jedoch Mühlenbruch Cession S. 628, und dagegen Römer S. 124 fg.), welche aber den Fall der Delegation außer Acht läßt (vgl. jedoch Thöl Handelsr. I §. 132 Nr. 5, Römer S. 130). Eine Ausnahme wird nur von denjenigen, welche die Nov. 4 c. 3 (Note 12) auf Forderungen erstrecken, für den Fall derselben gemacht; gewiß mit Recht, da in diesem Fall der Gläubiger die Forderung nehmen muß. — A. M. (in Betreff der Cession) Thöl Handelsr. I §. 120. II, welcher in der Cession zum Zweck der Erfüllung nicht sowohl eine Cession „an Zahlungsstatt", als vielmehr eine Cession „zahlungshalber" sieht. Dagegen Schliemann a. a. O. S. 54, Römer S. 122. A. M. aber auch Schliemann selbst S. 54 fg. für den Fall, wo der Schuldner nicht gebunden sei (Note 14).

3. Hat der Gläubiger nur einen Theil desjenigen erhalten, was er zu fordern hat, so ist das Forderungsrecht auch nur zum Theil getilgt[18]. Es kann aber der Gläubiger regelmäßig nicht genöthigt werden, eine Theilleistung anzunehmen[19]; eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Schuldner, auf das Ganze belangt, die Schuld theilweise zugesteht, theilweise bestreitet[20].

4. Der Gläubiger muß, was er erhalten hat, am rechten Ort erhalten haben (§. 283). Doch wird das Forderungsrecht getilgt, wenn er wissentlich an einem anderen Orte annimmt, und bei Geldschulden kann er, auch wenn er unwissentlich an einem anderen Orte angenommen hat, nur sein Interesse nachfordern[21]

Dagegen Römer S. 125 fg. — Die herrschende Meinung beruft sich auf die Regel der Cession, welche freilich nicht vorhanden ist (§. 336 Note 3). Aber es muß entscheiden die Analogie des Kaufvertrages; der Gläubiger hätte zusehen sollen, ehe er die Forderung annahm; hat er es nicht gethan, oder hat er sich geirrt, so ist das sein Schade. Ueber l. 3 C. de nov. 8. 42 s. Witte S. 491 fg. gegen Römer S. 126 fg. Für den Fall der Delegation gibt es ausdrückliche Entscheidungen. L. 26 §. 2 D. mand. 17. 1: — „bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum“, ebenso l. 18 D. de fidei. 46. 1, vgl. §. 2 I. de mand. 3. 27, l. 22 §. 2 l. 45 §. 7 D. mand. 17. 1. L. 96 §. 2 D. h. t. bezieht sich auf den Fall späterer Insolvenz des Schuldners (s. übrigens über diese Stelle auch v. Salpius Novation und Delegation S. 35. 408, Witte krit. VJSchr. VIII S. 367).

[18] L. 9 §. 1 D. h. t. Vorausgesetzt wird dabei natürlich, daß eine theilweise Tilgung des Forderungsrechtes möglich sei. S. darüber §. 253 Note 11, §. 255 Note 7 20.

[19] L. 41 §. 1 D. de usur. 22. 1. Gesterding Ausbeute III S. 410 fg., Mommsen Beiträge III S. 149 Note 14. A. M. (ganz vereinzelt) Savigny Obl. I S. 322. — WO. Art. 38. „Der Inhaber eines Wechsels darf eine ihm angebotene Theilzahlung selbst dann nicht zurückweisen, wenn die Annahme auf den ganzen Betrag der verschriebenen Summe erfolgt ist“.

[20] L. 21 D. de R. C. 12. 1. Andere verstehen diese Stelle nur von einem gütlichen Zureden des Richters (Madai Mora S. 238, Wolff Mora S. 427), oder halten sie für antiquirt (Sintenis II §. 84 Anm. 41), oder glauben, daß sie nur von einer Beschränkung der Klage, nicht von einer Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme rede (Gesterding a. a. O. S. 418. 419). Für die hier vertheidigte Ansicht s. Fritz Erläuter. II S. 106, Mommsen a. a. O. S. 148. Der Letztere fügt aber mit Recht hinzu, daß der Gläubiger auch in diesem Ausnahmefalle zur Annahme einer Theilleistung nicht gegen sein nachweisbares Interesse genöthigt werden könne.

[21] L. 9 l. 2 §. 7 D. de eo quod certo loco 13. 4. — Daß der Gläubiger auch zur rechten Zeit erhalten habe, ist nicht nothwendig. Nur muß der

5. Es ist nicht erforderlich, daß der Gläubiger gerade durch den Schuldner erhalten habe, was er zu fordern hat. a) Das Forderungsrecht wird auch dadurch getilgt, daß ein Anderer für den Schuldner leistet[22]; Zustimmung des Schuldners ist nicht erforderlich, und nicht einmal sein Widerwille schädlich[23]. Es darf auch der Gläubiger die von einem Andern angebotene Leistung nicht zurückweisen[24]; es müßte denn die Qualität der Leistung durch die Person des Schuldners bedingt sein[25]. b) Auch dann ist das Forderungsrecht getilgt, wenn der Gläubiger durch die Hülfe des Richters erhalten hat, was er zu fordern hat[26], oder

---

Schuldner, wenn er später leistet, damit das ganze Forderungsrecht getilgt sei, auch das durch seinen Verzug hervorgerufene Interesse des Gläubigers hinzuleisten. Leistet der Schuldner früher, als der Gläubiger anzunehmen braucht, und der Gläubiger nimmt irrthümlich an, so kann dem Gläubiger höchstens eine Nachforderung seines Interesse (nach Analogie von l. 2 §. 7 D. de eo quod certo loco) zugestanden werden.

[22] Für den Schuldner, im Namen des Schuldners. Wenn ein Anderer als der Schuldner in eigenem Namen leistet, d. h. um seine Schuld zu tilgen, so wird das Forderungsrecht selbst dann nicht aufgehoben, wenn die Absicht des Leistenden auf die Aufhebung gerade dieses Forderungsrechtes gerichtet war. L. 28 D. mand. 17. 1, l. 17 D. h. t.; l. 31 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 38 §. 2 i. f. D. h. t., l. 19 §. 1 l. 65 §. ult. D. de cond. ind. 12. 6, l. 5 C. eod. 4. 5; über l. 5 l. 12 §. 1 C. de P. H. 3. 31 und l. ult. i. f. D. de neg. gest. 3. 5 s. Kämmerer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 196–206. 341–348, und was die neuere Literatur angeht, Francke Commentar über den Titel de her. pet. S. 322 fg. und die das. Citirten, außerdem H. Witte Bereicherungsklagen S. 26 fg. Doch steht in dem Falle, wo der Leistende kein Rückforderungsrecht hat, dem zum zweiten Mal fordernden Gläubiger eine Einrede entgegen. L. 31 pr. i. f. D. de H. P. 5. 3, vgl. l. 61 D. h. t. (Note 40).

[23] L. 39 D. de neg. gest. 3. 5: — „solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante, liberat eum". L. 23. 40. 53 D. h. t., pr. I. quib. mod. toll. 3. 29.

[24] L. 72 §. 2 D. h. t., vgl. auch l. 31 eod. Offenbar wäre es Chikane von Seiten des Gläubigers, wenn er eine Leistung zurückweisen wollte, welche ihm ganz dasselbe gewährt, was er durch die Leistung des Schuldners haben würde. Vgl. aber auch Sintenis II §. 103 Anm. 37.

[25] L. 31 D. h. t. Hierher gehört auch, wenn die Person des die Leistung Anbietenden dem Gläubiger ganz unbekannt ist, so daß derselbe sich nicht darüber unterrichten kann, ob dem Anbietenden zu trauen, namentlich ob er Eigenthümer des Angebotenen ist.

[26] S. I §. 173 Note 5. §. 238 Note 5.

wenn er es sich auf Grund seines Pfandrechtes selbst verschafft hat[27].

6. Ebenso wenig ist erforderlich, daß der Gläubiger in eigener Person erhalten habe, was er zu fordern hat; auch wenn er es in der Person eines Anderen erhalten hat, ist das Forderungsrecht getilgt[28]. In der Person eines Andern aber hat er erhalten, wenn einem zu seiner Vertretung Befugten geleistet worden ist[29], oder einem dazu nicht Befugten mit seinem Willen, mag dieser Wille vorher[30] erklärt worden sein, oder nachher[31]. Was den Fall vorhergehender Willenserklärung angeht, so ist noch zu unterscheiden. a) Der Gläubiger beauftragt den Schuldner, weist den Schuldner an, gestattet dem Schuldner, einem Andern zu leisten; durch eine solche Beauftragung oder Anweisung oder Gestattung ist der Gläubiger nicht gebunden[32]; ebenso wenig gilt sie für seine Erben, oder für die Erben des Schuldners[33]. b) Der Gläubiger räumt dem Schuldner das Recht ein, sich durch Leistung an einen Andern zu befreien[34]. Durch eine solche Einräumung

---

[27] L. 26 D. h. t., l. 10 C. de O. et A. 4. 10.

[28] L. 19 C. h. t. „Si actore . . debitis recipiendis praeposito, . . eius dominae per ipsum satisfecisti . . .“. L. 59 D. h. t.: — „dum . . adiecto solvitur, mihi solvi videtur“. L. 180 D. de R. I. 50. 17. „Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset“.

[29] So namentlich seinem Vormund (l. 14 §. 7 l. 49 D. h. t., s. aber auch l. 25 D. de adm. tut. 5. 37 und §. 441 Note 1), seinem Bevollmächtigten (l. 11 §. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 12 pr. l. 34 §. 3 D. h. t., l. 19 C. eod., l. 6 §. 2 D. de cond. ind. 12. 6). Vgl. l. 86 D. h. t. („Hoc iure utimur, ut litis procuratori non recte solvatur“ . .) HGB. Art. 51: „Wer die Waare und eine unquittirte Rechnung überbringt, gilt deßhalb noch nicht für ermächtigt, die Zahlung zu empfangen“.

[30] L. 11 §. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 12 §. 1—3 l. 49. 59. 64. 106 D. l. 4. 12 C. h. t. Vgl. §. 412 Note 9.

[31] L. 12 §. 4 l. 49 D. l. 12 C. h. t.

[32] L. 12 §. 2 l. 106 D. h. t.

[33] L. 32 D. h. t., l. 26 §. 1 D. mand. 17. 1, l. 19 §. 3 D. de don. 39. 5, l. 77 §. 6 D. de leg. II° 31.

[34] Was sogleich bei der Begründung des Forderungrechtes geschehen kann, oder auch nachträglich. Denjenigen, an welchen zu leisten dem Schuldner sogleich bei der Begründung des Forderungsrechtes das Recht eingeräumt wird, nennen die Römer solutionis causa adiectus. Als Formel für die Aufnahme eines solutionis causa adiectus erscheint in den Quellen: mihi *aut* illi dare spondes? (vgl. z. B. §. 4 I. de inut. stip. 3. 19, s. aber auch l. 141 §. 6

ist der Gläubiger gebunden[35]; ebenso sind es seine Erben, wie umgekehrt die Erben des Schuldners sich auf dieselbe berufen können[36]. Der Schuldner verliert aber das ihm eingeräumte Recht dadurch, daß er es bis zur Erhebung des Processes durch den Gläubiger kommen läßt[37]; ferner dadurch, daß in der rechtlichen Lage des dritten Leistungsempfängers eine Veränderung eintritt, durch welche dem Gläubiger die Verfolgung seiner Ansprüche gegen denselben erschwert werden würde[38]. — Auch dadurch wird der Schuldner befreit, daß er auf Anweisung des Gläubigers das Verschuldete einem Andern verspricht[38a].

7. Möglicherweise kann die einem Nichtgläubiger gemachte Leistung eine Tilgung des Forderungsrechtes bewirken oder herbeiführen, ohne daß in der Person des Leistungsempfängers dem Gläubiger geleistet wird. Dieß ist der Fall: a) wenn der Empfänger hinterher Gläubiger wird[39]; b) wenn er das Empfangene

---

D. de V. O. 45. 1, l. 98 §. 5 D. h. t.). Auch heutzutage wird ein solches „oder" nicht anders auszulegen sein. S. über den solutionis causa adiectus die Abhandlung von Brandis Rhein. Museum V. 11, ferner Fritz Erläut. II S. 384—390, Vangerow III §. 582 Anm. 2, Sintenis II S. 407–411.

[35] L. 12 §. 2 l. 106 D. h. t., l. 16 pr. D. de fidei. 46. 1, §. 4 I. de inut. stip. 3. 19.

[36] Es gilt das gewöhnliche Recht des Vertrages.

[37] L. 57 §. 1 D. h. t., l. 16 pr. D. de fidei. 46. 1. Der entscheidende Moment ist der des Streitbeginnes. Vgl. I §. 125 Note 12.

[38] L. 38 pr. D. h. t., vgl. l. 95 §. 6 D. eod., l. 56 §. 2 D. de V. O. 45. 1. — Man bemerke noch: a) der Schuldner darf nur an den Andern selbst leisten, nicht an seine Erben (l. 81 pr. D. h. t., l. 55 D. de V. O. 45. 1), nicht an seinen Vormund (l. 95 §. 7 D. h. t., vgl. l. 11 eod.); b) es können für die dem Andern zu machende Leistung Bestimmungen getroffen werden, welche für die dem Gläubiger zu machende nicht gelten (l. 34 §. 2 l. 98 §. 4. 6 D. h. t., l. 44 §. 4 D. de O. et A. 44. 7, l. 141 §. 5 sqq. D. de V. O. 45. 1); c) der Andere ist eben auch nur Empfangsperson, er ist in keiner Weise forderungsberechtigt (l. 10 D. h. t., l. 10 D. de nov. 46. 2, l. 7 §. 1 D. de pec. const. 13. 5, l. 33 D. de pign. 20. 1, l. 23 D. de fidei. 46. 1).

[38a] L. 21 §. 1 D. de don. 39. 5, l. 37 §. 4 D. de op. lib. 38. 1. Es ist darin eine Combination des hier erwähnten Falles mit einer in solutum datio enthalten. S. übrigens Note 15.

[39] L. 96 §. 4 D. h. t.

dem Gläubiger herausgibt[40]; c) wenn der Gläubiger ihn beerbt[41]; d) in einem ganz einzelnen Fall wird der Schuldner auch durch die dem Gläubiger seines Gläubigers gemachte Leistung frei[42]. Ferner darf dem Nichtgläubiger mit befreiender Wirkung geleistet werden: e) wenn derselbe an der Forderung ein Pfandrecht oder einen ihn zur Einziehung derselben berechtigenden Nießbrauch hat[43], oder wenn ihm durch richterliche Verfügung die Forderung zur Einziehung für seine Rechnung überwiesen worden ist[44], und endlich f) wird der Schuldner durch die Leistung

---

[40] L. 28 D. h. t. (vgl. l. 34 §. 4 l. 58 pr. eod., l. 31 §. 6 D. de neg. gest. 3. 5; l. 88 D. h. t.), l. 34 §. 9 D. h. t. Vgl. l. 61 D. h. t. „In perpetuum, quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil absit, nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio".

[41] L. 11 §. 5 D. de pign. act. 13. 7.

[42] Wenn nämlich der Aftermiether den Miethzins, welchen er dem Aftervermiether schuldig ist, dem ersten Vermiether zahlt, l. 11 §. 5 D. de pign. act. 13. 7. Andere (Puchta §. 288. b, Arndts §. 263. d, Sintenis §. 103 Anm. 75) stellen den Satz auf, daß der Schuldner in allen Fällen durch die Leistung an den Gläubiger des Gläubigers befreit werde. Dagegen W. Müller Arch. f. civ. Pr. XV. 12, Busch das. XXXI S. 12—20, Fritz Erläuter. II S. 383, Vangerow III §. 582 Anm. 1. Man stützt jenen Satz hauptsächlich auf l. 6 D. de doli exc. 44. 4; aber diese Stelle kann ohne Zwang von der durch die Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers dem Schuldner gegen den Letzteren entstandenen Gegenforderung verstanden werden (so Fritz, Vangerow, während Müller die Stelle auf den Fall bezieht, wo der Gläubiger den Schuldner arglistigerweise zur Zahlung an seinen Gläubiger veranlaßt habe). Vangerow und Busch leugnen aber auch die oben auf Grund von l. 11 §. 5 D. de pign. act. behauptete Ausnahme (die beiden anderen Schriftsteller haben auf diese Stelle keine Rücksicht genommen), Vangerow, indem er die l. 11 §. 5 cit. ebenfalls aus der dem Schuldner entstandenen Gegenforderung erklärt, Busch, indem er Einwilligung des Gläubigers voraussetzt. Das Letztere halte ich für willkürlich; gegen das Erstere spricht die Zusammenstellung mit dem procurator und demjenigen, welchem nach dem Willen des Gläubigers geleistet worden ist. Mir scheint die Auffassung der Stelle diese zu sein: der Aftermiether nimmt dem ersten Miether gleichsam einen Theil der Miethe ab, und zahlt daher, indem er an den ersten Vermiether zahlt, an den rechten Mann. Aus der Praxis: Seuff. Arch. VII. 15. — Keine Ausnahme bildet die Befugniß des Schuldners, im Falle des Concurses des Gläubigers an dessen Gläubiger zu leisten; hier macht sich ein anderer Gesichtspunkt geltend. S. Note 44.

[43] S. I §. 239 Note 10. §. 206 Note 9.

[44] Hierher gehört der Fall, wo die Forderung durch die Concursgläubiger

an den Nichtgläubiger auch dann frei, wenn er früher befugt war, demselben zu leisten, und ohne seine Schuld nicht weiß, daß diese Befugniß erloschen ist[45].

8. Daß der Gläubiger erhalten hat, was er zu fordern hat, reicht in dem Falle zur Tilgung des Forderungsrechtes nicht aus, wo dem Gläubiger die Veräußerungsfähigkeit mangelt[46]. Doch steht ihm, wenn er zum zweiten Mal fordert, eine Einrede entgegen, so weit er bereichert ist[47].

§. 343*.

Wenn der Gläubiger gegen den Schuldner mehrere Forderungen hat, deren Gegenstand von gleicher Art ist[1], und das von dem Schuldner Geleistete zur Tilgung sämmtlicher Forderungsrechte nicht hinreicht, so entsteht die Frage, auf welches oder welche der mehreren Forderungsrechte das Geleistete angerechnet werden soll. Hierüber entscheidet zuerst die von dem Schuldner bei der Leistung getroffene Bestimmung[2], in Ermangelung derselben die Bestimmung, welche der Gläubiger beim Empfange trifft[3]. Auch nach dem Empfange kann der Gläubiger

---

des Gläubigers geltend gemacht wird. Vgl. auch Sintenis II §. 103 Anm. 50.

[45] Vgl. auf der einen Seite l. 34 §. 4 D. h. t., auf der anderen l. 12 §. 2 l. 18 l. 32 l. 34 §. 3 l. 35 l. 38 §. 1 l. 51 D. h. t., l. 3 C. h. t., l. 26 §. 8 D. de cond. ind. 12. 6, l. 26 §. 1 mand. 17. 1, §. 10 I. eod. 3. 26, l. 19 §. 3 D. de don. 39. 5; ferner §. 331 zu Note 12.

[46] L. 15. 66 D. h. t., §. 2 I. quib. al. 2. 8. Zwar ist es nicht die Annahme, welche das Forderungsrecht vernichtet, sondern der durch die Annahme bewirkte Zustand der Befriedigtheit; aber ohne die Annahme wäre dieser Zustand nicht eingetreten.

[47] L. 66 cit., §. 2 cit.

* Funke Beiträge zur Erörterung pract. Rechtsmaterien Nr. 4 (1830). §. 343.
v. Buchholtz juristische Abhandlungen Nr. 28 (1833). Fritz Erläuter. II S. 391—394, Unterholzner I S. 463—464, Vangerow III §. 589 Anm., Sintenis II S. 395—404.

[1] Der bei Weitem wichtigste unter den hierher gehörigen Fällen ist der des Zusammentreffens mehrerer Geldforderungen.

[2] L. 1 l. 101 §. 1 D. l. 1 C. h. t.

[3] Wenn der Gläubiger die Bestimmung beim Empfange trifft, so kann er sie treffen, wie er will. Denn es steht dem Schuldner frei, zu widersprechen, in welchem Falle sein Wille vorgeht; widerspricht er nicht, so acceptirt er damit die Bestimmung des Gläubigers. Vgl. l. 2 D. h. t.

eine solche Bestimmung treffen, jedoch: a) nur unmittelbar nach dem Empfange, und b) nur im Interesse des Schuldners, so daß der Gläubiger freie Hand bloß dann hat, wenn das Interesse des Schuldners die Tilgung keines der mehreren Forderungsrechte vorzugsweise verlangt[4]. Hat keine der Parteien eine Bestimmung getroffen, so wird die Leistung zuerst angerechnet: a) auf die Zinsen[5]; b) zuerst auf die fällige Forderung[6]; c) zuerst auf die dem Schuldner beschwerlichere[7]; d) zuerst auf das, was der Schuldner in eigenem Namen schuldig ist[8]; e) zuerst auf die ältere Forderung[9]. Entscheidet keiner dieser verschiedenen Gründe, so wird das Geleistete verhältnißmäßig auf die verschiedenen Forderungen vertheilt[10]. — Besser ist der Gläubiger gestellt, wenn er durch Pfandverkauf sich selbst Befriedigung verschafft. Hier kann er das erlangte Kaufgeld anrechnen auf welche Forderung er will, selbst auf eine natürliche Verbindlichkeit vor der juristischen[11].

b. Beweis der Erfüllung.

§. 344.

Ueber den Beweis der Erfüllung gilt folgendes Besondere.

1. Die Erfüllung urkundlich feststehender Schulden kann auf dem Wege des Zeugenbeweises nur durch die Aussage von fünf Zeugen geführt werden, und zwar müssen dieselben zu dem Act der Erfüllung oder dem Empfangsbekenntniß des Gläubigers

---

[4] L. 1 C. h. t., l. 1 l. 3 pr. l. 5 §. 3 l. 6 D. eod. Vgl. l. 1 i. f. D. cit.: — „constituere in re praesenti, h. e. statim atque *solutum est*“, im Gegensatz zu l. 2 eod.: „*in re agenda*“.

[5] L. 1 C. h. t., l. 5 §. 2 l. 48 D. eod. Seuff. Arch. I. 191. 192. XV. 16.

[6] L. 3 §. 1 l. 103 D. h. t.

[7] L. 4 l. 5 pr. l. 7 l. 94 §. 3 l. 97 D. h. t. Seuff. Arch. X. 23, XV. 193.

[8] L. 4 l. 97 D. h. t.

[9] L. 5 pr. l. 24 l. 97 D. h. t.

[10] L. 8 D. h. t.

[11] L. 5 §. 2 l. 101 §. 1 D. h. t., l. 35 pr. D. de pign. act. 13. 7. Doch ist auch in diesem Fall der Gläubiger nicht ganz unbeschränkt: l. 5 §. 2 l. 96 §. 3 D. h. t. Dernburg Pfandrecht II S. 211 fg.

ausdrücklich zugezogen worden sein[1]. Die heutige Anwendbarkeit dieser Vorschrift wird aber vielfach geleugnet[2].

2. Quittungen beweisen erst nach Ablauf von 30 Tagen; während dieser Zeit können sie zurückgefordert, es kann auch ihre Beweiskraft durch einen gegen sie erhobenen Protest für immer ausgeschlossen werden. Hat aber der Aussteller sich 30 Tage lang nicht gerührt, so macht die Quittung gegen ihn vollen, und zwar durch Gegenbeweis nicht zu entkräftigenden Beweis[3]. Diese

---

[1] L. 18 C. de testib. 4. 20 und dazu Auth. *Rogati* aus Nov. 90 c. 2. §. 344.

[2] Es wird behauptet, diese Vorschrift sei durch die Praxis beseitigt, so namentlich von Thibaut §. 666 Note r, Wetzell Syst. des Civilproc. §. 23 Note 73, Bayer Vorträge S. 798, Osterloh Lehrb. des Civilproz. §. 155 Note 12, Sintenis §. 103 Note 88. Gelehrt wird die Vorschrift ohne weitere Bemerkung von Glück XXII S. 219, Martin Lehrb. des bürg. Proz. §. 132. o, Mühlenbruch doctr. pandect. II §. 468, v. Wening-Ingenheim Lehrb. II §. 245 (§. 111), Puchta §. 287. y. Seuffert §. 284 Note 11 und Arndts §. 262 Anm. 1 beschränken sich auf die Bemerkung, daß die Vorschrift „nach der Behauptung der Meisten" heutzutage nicht mehr beachtet werde. Nicht viel bestimmter drückt sich Gesterding Arch. f. civ. Pr. IV S. 17 aus. Für die heutige Anwendbarkeit ausdrücklich: Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 241—244. Als Zeugen für das behauptete abändernde Gewohnheitsrecht werden angeführt J. H. Böhmer ius eccl. prot. II. 19 §. 34. 20 §. 21 und Stryk us. mod. pand. II lib. XXII tit. 5 §. 15. Aber der Letztere spricht doch sehr unbestimmt („non desunt, qui non quinque hodie amplius requiri, sed duos sufficere statuunt", — „ut adeoque dispositio Iustiniani . . numquam in praxin recepta videatur"). Und Beide berufen sich zum Beweise des Gesagten nicht auf deutsche, sondern auf niederländische und französische Schriftsteller (Sande, Groenewegen, Faber). Die von diesen Schriftstellern angeführten Urtheile bestreiten überdies die Anwendbarkeit der l. 18 C. cit. nicht unbedingt, sondern nur für den Fall, wo die Schrift bloß zum Beweise der Forderung diene, nicht für den Fall, wo sie zur Substanz der Obligation gehöre. Io. a Sande rerum in suprema Frisionum curia iudicatarum lib. 1 tit. 10 def. 1, Codex Fabrianus lib. IV tit. 15 def. 23.

[3] Die exceptio non numeratae pecuniae gegen Empfangsbekenntnisse zum Zweck der Begründung von Obligationen (§. 372) ist durch l. 14 C. de non num. pec. 4. 30 auf Empfangsbekenntnisse zum Zweck der Aufhebung von Obligationen ausgedehnt worden. Vgl. Gneist formelle Verträge S. 25—32. (Die beschränkende Erklärung, welche Gneist selbst von der genannten Stelle gibt [unter Zustimmung von Erxleben cond. sine causa II S. 178 und Witte Bereicherungsklagen S. 222] — ihre Vorschrift soll sich nur auf Quittungen über eine solche Schuld beziehen, „die durch Geben von Geld oder anderen Sachen entstanden, und über welche ein Schuldschein ausgestellt ist", —

Vorschrift findet keine Anwendung auf Quittungen über öffentliche Abgaben[4].

3. Bei öffentlichen Abgaben wird eine Rechtsvermuthung[5] für die Erfüllung in Betreff der früheren Termine durch die Quittungen über die drei letzten Jahre begründet[6]. Fast allgemein wird diese Bestimmung auf alle terminliche Leistungen überhaupt ausgedehnt[7]. —

---

halte ich nicht für begründet.) Vgl. die Lehre von der exc. non numeratae pecuniae gegen Empfangsbekenntnisse der ersten Art (§. 372); dort auch das Nähere über die abweichenden Ansichten von Bähr Anerkennung S. 291 (327) fg. (der Ablauf der dreißigtägigen Frist gebe nicht der Quittung Beweiskraft, sondern entziehe dem Aussteller die Möglichkeit des Gegenbeweises) und von Schlesinger Formalcontracte S. 279 fg. (die exc. non numeratae pecuniae gelte nur für den Fall, wo es feststehe oder der Aussteller binnen dreißigtägiger Frist bewiesen habe, daß die Quittung vor der Erfüllnng ausgestellt worden sei). Wird der Gläubiger durch andere Beweismittel überführt, so wird er um den Betrag seiner Forderung gestraft (§. 263 Note 4).

[4] L. 14 §. 1 cit., l. 4 C. de epoch. publ. 10. 22. Gneist a. a. O. S. 50. Wenn man hinzufügt, daß die Vorschrift auch keine Anwendung finde auf die Urkunden öffentlicher Behörden, in welchen die Thatsache der Erfüllung als vor der Behörde geschehen bezeugt sei, so ist das keine Ausnahme; der Beweisgrund ist hier nicht Geständniß des Gläubigers, sondern Zeugniß. Vgl. Sintenis §. 103 Anm. 90.

[5] Vgl. I §. 133 Note 10. — Außer der im Text genannten Rechtsvermuthung werden sehr gewöhnlich noch zwei andere aufgestellt: a) aus der Rückgabe und b) aus der Durchstreichung oder sonstigen Zerstörung der Schuldurkunde. Aber die hierfür angeführten Stellen (l. 14. 15 C. h. t., l. 2 §. 1 D. de pact. 2. 14, l. 24 D. de prob. 22. 3, l. 82 §. 3 D. de furt. 47. 2) ergeben keineswegs mit Sicherheit, daß die Rechtsvermuthung auf Befreiung gerade durch Erfüllung, und nicht vielmehr auf Befreiung überhaupt gestellt werden muß. Vgl. Vermehren Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XI. 7, Fritz Erläuter. II S. 395, Sintenis §. 103 Note 91. Seuff. Arch. I. 202, V. 262, XIV. 18, XIX. 138. 223.

[6] L. 3 C. de apoch. publ. 10. 22. Die Vermuthung wird begründet durch die Quittungen über die drei letzten Jahre, nicht durch die Quittungen über die drei letzten Termine; sie wird begründet durch die Quittungen über die drei letzten Jahre, nicht durch die Thatsache der Erfüllung, so daß die Quittung durch andere Beweismittel ersetzt werden könnte. G. Ph. v. Bülow Abhandlungen II S. 192—196, Sintenis II S. 415 in der Note.

[7] Vgl. über diesen Punkt v. Bülow a. a. O. S. 193, Gesterding Arch. f. civ. Pr. IV S. 11, Sintenis §. 103 Anm. 93 und die daselbst Genannten. Seuff. Arch. I. 334. Dawider Gesterding und Sintenis an den hier genannten Orten.

Auf Ausstellung einer Quittung hat der Schuldner ein Recht, und kann bis zur Ausstellung mit der Erfüllung zurückhalten[8].

c. Verzug des Gläubigers*.

α. Voraussetzungen.

§. 345.

Wenn der Gläubiger die angebotene Erfüllung widerrechtlicher Weise nicht annimmt, so kommt er in Verzug, wie der Schuldner in Verzug kommt, wenn er seinerseits die Erfüllung der Forderung widerrechtlich verzögert (§. 276 fg.)[1].

Die näheren Voraussetzungen des Verzugs des Gläubigers sind folgende.

1. Anbieten der Erfüllung[2]. Dieses Anbieten muß ein thatsächliches, nicht bloß ein wörtliches sein, d. h. der Schuldner muß nicht bloß erklären, daß er zu der ihm obliegenden Leistung bereit sei, sondern er muß zu derselben auch wirklich bereit sein, so daß der Gläubiger nur zuzugreifen braucht, um zur wirklichen Erfüllung zu gelangen[3]. Was aber im einzelnen Falle zur

---

[8] Vgl. l. 1 C. de apoch. publ. 10. 22, l. 19 C. de fide instr. 4. 21, l. 18 C. de test. 4. 20, Nov. 90 c. 2. Gesterding Arch. f. civ. Pr. IV. 4, Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 244—250, Busch Arch. f. civ. Pr. XXXI S. 1—12, Platner das. L S. 252; abweichend Rudloff das. XLV. 7. Seuff. Arch. I. 330, VIII. 246, IX. 19. 20. 21, XIII. 245.

* v. Madai die Lehre von der Mora §. 36—42. 62—64. 69 (1837). §. 345. Wolff zur Lehre von der Mora §. 31—36. 43—44. 46 (1841). Mommsen die Lehre von der Mora (Beiträge zum Obligationenrecht B. III) §. 14—18. 30—33. 36 (1855). Fritz Erläuterungen II S. 348 fg., Unterholzner I §. 60—62, Sintenis II S. 210—219, Unger in Haimerl's VJSchr. XIV S. 127 fg.

[1] Der mora debitoris oder solvendi entspricht eine mora creditoris oder accipiendi.

[2] Madai §. 37, Wolff §. 33, Mommsen §. 15, Sintenis S. 214.

[3] In diesem Sinne die Ausdrücke gefaßt, muß die „Oblation" immer (abgesehen von den unten zu nennenden Ausnahmefällen) eine „Realoblation" sein, es genügt nie eine „Verbaloblation". Gewöhnlich freilich bezeichnet man durch die genannten Ausdrücke einen anderen Gegensatz, nämlich den Gegensatz zwischen Anbieten mit unmittelbarer Darreichung des Leistungsgegenstandes, und Anbieten ohne eine solche Darreichung. In diesem letzteren Sinne die

Bereitschaft gehört, und namentlich ob es dazu gehört, daß der Schuldner dem Gläubiger das zu Leistende hinbringe, oder ob es genügt, daß er es ihm zur Verfügung stelle, hängt von dem Inhalt der Verpflichtung des Schuldners ab[4]. Ausnahmsweise ist thatsächliche Leistungsbereitschaft nicht erforderlich: a) wenn der Gläubiger im Voraus mit Bestimmtheit erklärt hat, die angebotene Leistung nicht annehmen zu wollen[5]; b) wenn zur Feststellung der Leistung eine Mitwirkung von seiner Seite erforderlich ist, und er dieselbe selbst auf gerichtliche Anforderung verweigert[5a].

2. Anbieten der Erfüllung[6]. Es muß angeboten werden, was der Gläubiger zu fordern hat (§. 341 Nr. 2 und 3) — durch den Schuldner oder einen anderen zur Erfüllung Befähigten (§. 342 Nr. 5), — dem Gläubiger, vorausgesetzt daß derselbe veräußerungsfähig ist (§. 342 Nr. 8), seinem gesetzlichen Vertreter, oder demjenigen, an welchen der Gläubiger den Schuldner verwiesen hat[7], — zu der Zeit, zu welcher, und an dem Orte, an welchem

---

Ausdrücke gefaßt, ist „Realoblation" weit davon entfernt, immer erforderlich zu sein. S. das im Text sogleich Folgende und die folgende Note.

[4] Ebenso kann es bei Obligationen auf Verrichtung einer Arbeit möglicherweise zur Bereitschaft gehören, daß der Schuldner sich bei dem Gläubiger (etwa auch mit den erforderlichen Werkzeugen) einfinde, möglicherweise nicht. — Die Quellen sprechen im Allgemeinen von einem offerre (z. B. l. 26 D. sol. matr. 24. 3, l. 72 pr. §. 2 D. h. t. 46. 3), oder einem paratum esse solvere (l. 3 §. 4 D. de A. E. V. 19. 1, l. 39 D. h. t.), dann aber auch davon, daß bei Abwesenheit der zu leistenden Sache vom Leistungsort ein offerre derselben nicht möglich sei (l. 72 §. 3 D. h. t.), und von einem denuntiare ut tollat (l. 1 §. 3 l. 4 §. 2 D. de per. 18. 6).

[5] Mit Bestimmtheit erklärt hat, — nicht also im Sinne einer bloß vorläufigen Meinungsäußerung, sondern in dem Sinne, daß er auch der Leistungsbereitschaft gegenüber keine andere Erklärung abgeben werde. Vgl Mommsen S. 144. 176, Wolff S. 407, Sintenis S. 218.

[5a] L. 4 C. de usur. pup. 5. 56, l. 5 C. de distr. pign. 8. 28. Mommsen S. 170—173. S. ferner l. 6 D. de opt. leg. 33. 5.

[6] Madai §. 38—40, Wolff § 34, Mommsen S. 145—160. 223—224. 314—316.

[7] Dahin gehört auch der mit der Verwaltung des ganzen Vermögens Beauftragte (l. 34 §. 3 D. h. t.: — „is qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intelligitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant"), nicht aber der Specialprocurator; der dem Letzteren ertheilte Auftrag berührt

der Gläubiger anzunehmen gesetzlich verpflichtet ist (§. 273 a. E., §. 282 a. E.).

3. Widerrechtliche Nichtannahme. Widerrechtlich ist die Nichtannahme, wenn die Annahme dem Gläubiger möglich war, ihm auch sonst kein Entschuldigungsgrund zur Seite steht, wie z. B. Irrthum über die Existenz oder den Umfang der Forderung[8].

4. Ausnahmsweise tritt Verzug des Gläubigers ohne alles Anbieten ein[9], dann nämlich, wenn das Anbieten wegen Abwesenheit des Gläubigers unmöglich ist; das Anbieten kann in diesem Fall durch eine vor Gericht abgegebene Erklärung ersetzt werden[10]. Nicht dagegen gehört auch der Fall hierher, wo der Gläubiger sich anheischig gemacht hat, das zu Leistende binnen

---

den Schuldner nicht. Vgl. über die verschiedenen Ansichten: Madai S. 249, Wolff S. 423, Mommsen S. 315, Sintenis S. 217.

[8] Die Ansichten sind hier getheilt. Nach einer anderen Meinung soll der Verzug des Gläubigers durch jede Nichtannahme begründet werden, gleichviel ob sie ihm zur Schuld angerechnet werden kann, oder nicht; so namentlich Fritz S. 357, Sintenis S. 218. Mommsen §. 17 will dem Gläubiger Unmöglichkeit der Annahme zu Gute kommen lassen, nicht aber z. B. Irrthum. Der hier vertretenen Ansicht ist Madai §. 36. 42, s. auch Wolff S. 405. 434—436. Die Quellen gewähren ein unzweifelhaftes Resultat nicht. Sie sprechen im Allgemeinen von einem accipere nolle (z. B. l. 26 D. sol. matr. 24. 3, l. 73 §. 2 D. de V. O. 45. 1), freilich auch von einem stare per creditorem quominus accipiat und von einer darin liegenden frustratio (l. 37 D. mand. 17. 1); aber auch diese letzteren Ausdrücke bezeichnen nicht nothwendig ein Schuldmoment. Wenn sodann in l. 72 pr. D. h. t. der Verzug des Gläubigers daran angeknüpft wird, daß er „sine iusta causa . . . accipere recusavit", so bleibt es doch immer möglich, daß damit hat gesagt werden sollen, daß der Gläubiger eine nicht gehörige Leistung zurückweisen dürfe. Daß auf der anderen Seite l. 3 §. 4 D. de A. E. V. 19. 1 und l. 18 pr. D. de pec. const. 13. 5 nicht gegen das Schulderforderniß beweisen, darüber s. Mommsen S. 163. Bei dieser Lage der Sache ist für mich das Entscheidende, daß der Verzug für den Gläubiger Nachtheile zur Folge hat, und Nachtheile, wo nicht eine unzweifelhafte gesetzliche Bestimmung das Gegentheil verordnet, nicht einem Unschuldigen zur Last gelegt werden dürfen. Am wenigsten scheint mir die mittlere Meinung Mommsen's haltbar. Vgl. Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 268—269.

[9] Ohne alles Anerbieten, nicht nur ohne thatsächliche Bereitschaft (Note 5.5[a]). Vgl. Madai §. 42, Wolff §. 36, Mommsen §. 18, Fritz S. 355—357, Sintenis S. 218—219.

[10] L. 6 C. de usur. 4. 32. Mommsen S. 168—170.

bestimmter Frist beim Schuldner abzunehmen; läßt der Gläubiger diese Frist verstreichen, so haftet er aus dem Vertrage, aber er kommt nicht ohne Anbieten des Schuldners in Verzug[11]. —

Der Verzug des Gläubigers hört wieder auf[12] dadurch, daß der Gläubiger sich zur Annahme bereit erklärt; nur muß er dabei zugleich Ersatz des durch seinen Verzug dem Schuldner bereits erwachsenen Schadens anbieten[13]. Außerdem kann der Verzug des Gläubigers auch durch Verzicht des Schuldners beseitigt werden, und es versteht sich von selbst, daß der Verzug mit dem Forderungsrecht selbst wegfällt.

β. Wirkungen*.

§. 346.

Der Verzug des Gläubigers hat nicht die Wirkung, den Schuldner von seiner Verbindlichkeit zu befreien[1]; wohl aber kann der Schuldner verlangen, daß die durch den Verzug des Gläubigers bewirkte Nichterfüllnng ihm nicht zum Schaden gereiche. Folgerungen aus diesem Grundsatz sind folgende. 1) Der Schuldner haftet fortan nicht mehr für Mangel an Sorgfalt, sondern nur noch für Arglist und die derselben gleichstehende grobe Nachlässigkeit[2]; ein ohne Arglist oder grobe Nachlässigkeit des Schuldners

---

11 A. M. Mommsen S. 173. Vgl. noch dens. S. 175.

12 Madai §. 69. 70, Wolff S. 514—515, Mommsen §. 36, Sintenis S. 221.

13 L. 17 D. de per. 18. 6. Ueber l. 51 pr. D. de A. E. V. 19. 1 s. Fritz Arch. f. civ. Pr. X. 6, Mommsen S. 340 fg., Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 278.

§. 346. * Madai §. 62—64, Wolff §. 43—44, Mommsen §. 30—33, Sintenis S. 210—214.

1 Ueber scheinbar widersprechende Stellen s. Mommsen S. 286 Note 2. Das Gegentheil behauptet für andere als Geldschulden Zimmern Arch. f. civ. Pr. III. 9; dagegen Thibaut das. V S. 332—337.

2 L. 5 l. 17 D. de per. 18. 6, l. 9 D. sol. matr. 24. 4. Hätte der Gläubiger angenommen, so hätte der Schuldner keine Sorgfalt mehr aufzuwenden gebraucht. Für Arglist aber und grobe Nachlässigkeit wird nie nicht gehaftet (§. 265 Nr. 1 und 2). — Geht der zu leistende Gegenstand durch Arglist oder grobe Nachlässigkeit des Schuldners unter, so richtet sich die Schätzung nach den gewöhnlichen Grundsätzen (§. 258 Nr. 1). Ueber l. 3 §. 4 D. de A. E. V. 19. 1 s. Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 275, Mommsen S. 294, Madai S. 460, Wolff S. 495.

eingetretener Verlust des Leistungsgegenstandes befreit ihn selbst dann, wenn dadurch eine Unmöglichkeit der Erfüllung nicht herbeigeführt worden ist[3]. 2) Ein Anspruch des Schuldners, welcher durch die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners bedingt ist, kann jetzt ohne Weiteres geltend gemacht werden[4]. 3) Hat der Schuldner in Folge der Fortdauer seiner Verbindlichkeit eine Aufopferung machen müssen, so kann er Ersatz für dieselbe verlangen[5]. Ja er braucht diese Aufopferung gar nicht zu machen, wenn er durch Preisgeben des Leistungsgegenstandes sich ihr entziehen kann; er ist zu diesem Preisgeben befugt, und muß nur den Gläubiger vorher verwarnen[6]. 4) Die Zinsverbindlichkeit des Schuldners hört durch den Verzug des Gläubigers nicht auf[7];

---

[3] L. 84 §. 3 D. de leg. I° 30, l. 6 D. de doli exc. 44. 4, l. 72 pr. D. h. t. In l. 102 pr. D. h. t. ist wohl am Schluß statt „creditoris" „debitoris" zu lesen. Mommsen S. 300 in der Note.

[4] So namentlich bei gegenseitigen Verträgen, l. 13 §. 8 D. de A. E. V. 19. 1. Es schadet auch nicht, daß dem Schuldner hinterher die Erfüllung seiner Verbindlichkeit ohne eine von ihm zu prästirende Schuld unmöglich wird, l. 5 i. f. D. de per. 18. 6, l. 36 D. loc. 19. 2. Mommsen S. 302–306. — Nach früherem römischen Recht wurde durch den Verzug des Gläubigers auch der Anspruch auf Rückgabe des Pfandes begründet (l. 20 §. 2 l. 9 §. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 6 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 1 pr. §. 4 D. de migr. 43. 32); später hat man zu diesem Ende gerichtliche Hinterlegung gefordert, l. 10. 12 C. de pign. act. 4. 24, l. 12 C. de compens. 4. 31, l. 20 C. de pign. 8. 14, l. 3 C. de luit. pign. 8. 31. Vgl. Note 7.

[5] L. 38 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 8 D. de tritic. 33. 6.

[6] L. 1 §. 3. 4 D. de per. 18. 6, l. 12 l. 14 pr. D. eod. Eine mildere Meinung hat ihren Ausdruck in l. 8 D. de trit. 33. 6 gefunden; Pomponius will hier dem Schuldner nicht garantiren, daß er mit dem Preisgeben durchkommen werde. Auch in l. 1 §. 3 cit. wird als das Löblichere bezeichnet, die Sache nicht Preis zu geben, sondern sich in anderer Weise zu helfen, namentlich durch Verkauf auf Rechnung des Gläubigers. Vgl. über die verschiedenen Auffassungen Madai S. 466 fg., Wolff S. 488 fg., Mommsen S. 308 fg.; auch Thöl Handelsr. I §. 87. I. 2. Seuff. Arch. XIV. 122. Das HGB. Art. 343 gibt dem Verkäufer nur das Recht des Verkaufes. S. auch §. 280 Note 1.

[7] Der Schuldner kann zwar sagen, daß, wenn der Gläubiger angenommen hätte, er von der Zinsverbindlichkeit frei geworden sein würde; aber der Gläubiger kann erwiedern, daß der Schuldner dafür auch im Genusse des zu leistenden Geldes geblieben sei. Dieß ist ohne Zweifel der Grund, aus welchem die Fortdauer der Zinsverbindlichkeit anerkannt wird in l. 1 §. 3 l. 7 D. de usur. 22. 1, l. 6. 19 C. eod. 4. 32, l. 28 §. 1 D. de adm. et per. 26. 7.

ebenso wenig verliert der Gläubiger durch den Verzug sein Pfandrecht[8] oder das Recht des Pfandverkaufs[9].

d. Gerichtliche Hinterlegung*.

§. 347.

Wenn das Forderungsrecht auf Leisten einer beweglichen Sache geht, so braucht sich der Schuldner der Verweigerung der Annahme gegenüber nicht mit den Folgen, welche der Verzug für den Gläubiger hat, zu begnügen; er hat auch ein Mittel, sich ganz von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Dieses Mittel besteht[1] in der gerichtlichen Hinterlegung (Deposition) des zu leistenden Gegenstandes[2].

L. 2 C. de usur. 4. 32 sagt nicht, daß die Zinsverbindlichkeit durch Anerbieten aufhöre, sondern, daß sie durch bloße Deposition ohne Anerbieten nicht aufhöre. Die mildere Ansicht als nicht recipirte Meinung in l. 28 §. 1 D. de adm. cit.; s. auch l. 122 §. 5 D. de V. O. 45. 1. Abweichend Mommsen S. 288; dawider Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 273. Vgl. auch Unterholzner I S. 130. — Verzugszinsen braucht der Schuldner nach dem Verzuge des Gläubigers allerdings nicht mehr zu zahlen; aber nur deßwegen nicht, weil nun sein Verzug aufgehört hat. Nach l. 11 C. de usur. 4. 32 verliert der Gläubiger durch seinen Verzug auch das Recht, die Früchte der ihm zum Faustpfand gegebenen Sache an Zinsesstatt zu behalten (l. 8 D. in quib. caus. pign. 20. 2). Hängt dieß nicht mit dem in Note 4 bezeichneten älteren Recht in Betreff der actio pigneraticia zusammen? Die l. 11 cit. auf einen antichretischen Vertrag zu beziehen, ist kein Grund vorhanden. Vgl. übrigens Madai S. 471, Mommsen S. 289.

[8] L. 19 C. de usur. 4. 32.

[9] Vgl. I §. 237 Note 2.

§. 347. * Mommsen S. 306—308, Unterholzner S. 470—472, Sintenis S. 412—413, Holzschuher III §. 246.

[1] Eine Klage auf Annahme hat der Schuldner nicht; es müßte denn eine Verpflichtung des Gläubigers, dem Schuldner den zu leistenden Gegenstand binnen bestimmter Frist abzunehmen, durch die das Forderungsrecht erzeugende Thatsache ausdrücklich oder stillschweigend begründet sein. Davon ist zu verstehen l. 9 D. de A. E. V. 19. 1. Mommsen §. 14 Note 3.

[2] Von der Deposition handeln: l. 1 §. 3 l. 7 D. de usur. 22. 1, l. 28 §. 1 D. de adm. et per. 26. 7, l. 2. 6. 19 C. de usur. 4. 32, l. 9 C. de solut. 8. 43. Diese Stellen setzen sämmtlich eine Geldschuld voraus; daß aber die Deposition auch bei anderen beweglichen Sachen zuläßig sei, zeigt Nov. 91 c. 2, s. auch l. 1 §. 36. 37 D. dep. 16. 3. Bei den Römern scheint die

Durch dasselbe Mittel kann sich der Schuldner auch dann befreien, wenn ihm die Leistung wegen eines in der Person des Gläubigers liegenden Hindernisses, z. B. wegen Abwesenheit, Veräußerungsunfähigkeit, Ungewißheit des Gläubigers unmöglich ist[3].

2. Compensation (Aufrechnung)*.

a. Begriff.

§. 348.

Compensation ist Aufhebung eines Forderungsrechtes durch ein ihm gegenüberstehendes Forderungsrecht des Schuldners[1] gegen

---

Deposition ursprünglich nur die Bedeutung einer Niederlegung bei dem Schuldner selbst, unter hinzutretender Versiegelung, gehabt zu haben, s. l. 7 D. de usur. cit. Später war der gewöhnliche Depositionsort ein Tempel. Vgl. Muther Sequestration und Arrest S. 363—368. Heutzutage kann bei jedem Gericht deponirt werden, in dessen Sprengel gültig geleistet werden kann. Sintenis S. 413. Vgl. HGB. Art. 343. — Deposition ohne vorhergehendes Anerbieten ist unwirksam, l. 2 C. de usur. cit. — Der Schuldner ist an die Deposition nicht gebunden, l. 19 C. cit. — Haftung des Staates aus der richterlichen Annahme eines Depositums: Seuff. Arch. II. 159, XVII. 123, vgl. III. 327, V. 135, VII. 321. S. noch das. VIII. 23.

[3] L. 7 §. 2 D. de minor. 4. 4, l. 1 §. 36. 37 D. dep. 16. 3, l. 56 §. 1 D. mand. 17. 1, l. 18 §. 1 D. de usur. 22. 1. Vgl. auch l. 47 §. 2 D. de fideic. lib. 40. 5, l. 4 pr. D. de statulib. 40. 7. Seuff. Arch. I. 34, II 158, VIII. 23, X. 35. 240, XIII. 92.

* Dig. 16. 2 Cod. 4. 31 de compensationibus. — Krug die Lehre von der Compensation (1833; darüber Fuhr in Schunk's Jahrb. XXVII S. 109 fg. 217 fg.). Hartter das römisch-deutsche Recht der Kompensation, mit Hinblick auf einige besondere, in Deutschland geltende Gesetze und Statuten dargestellt (1837). Brinz die Lehre von der Compensation (1849). H. Dernburg die Compensation nach römischem Recht mit Rücksicht auf die neueren Gesetzbücher (1854). Ferner die Aufsätze von: Hasse Arch. f. civ. Pr. VII. 9 (1824), Bethmann-Hollweg Rhein. Museum I S. 257—285 (1827), Tellkampf Arch. f. civ. Pr. XXIII. 11 (1840), Krug das. XXV S. 211—226 (1842), Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII. 1 (1843), Hartter das. XIX. 6 (1844), Fuhr Arch. f. prakt. RW. I. 16 (1853), v. Scheurl Beiträge I Nr. 7 (1853), Krug Zeitschr. f. Rechtspflege u. Verwaltung f. d. Königr. Sachsen XIII. 6 (1854), Brinz Jahrb. d. gem. R. I. 2 (1857), und die Schriften von Ubbelohde über den Satz: ipso iure compensatur (1858), von Asher die Compensation im Civilprozeß des classischen römischen Rechts §. 348.

den Gläubiger. In der Compensation erhält der Gläubiger nicht, was er zu fordern hat; aber er erhält statt Dessen, was er zu fordern hat, die Befreiung von einer entsprechenden Schuld, da das aufhebende Forderungsrecht in der Aufhebung seine Kraft erschöpft, und dadurch seinerseits aufgehoben wird[1]. Deßwegen ist die Compensation eine Form der Befriedigung[2]. — Uebrigens wird der Ausdruck Compensation nicht bloß zur Bezeichnung der von dem entgegenstehenden Forderungsrecht unmittelbar ausgehenden Wirkung gebraucht, sondern auch zur Bezeichnung der Thätigkeit derjenigen Person, welche einem Forderungsrecht gegen über ein anderes zur Aufrechnung bringt[3].

(Habilitationsschrift, 1863). Fritz Erläuterungen II S. 395—410, Unterholzner I §. 254—260, Vangerow III §. 618, Brinz §. 149, Sintenis II §. 104.

[1] Im Allgemeinen l. 1 D. h. t. „Compensatio est debiti et crediti inter se contributio".

[2] S. §. 341 Note 3.

[3] Namentlich zur Bezeichnung der Thätigkeit des Schuldners, welcher sein Forderungsrecht dem fordernden Gläubiger entgegensetzt (so z. B. in l. 2 l. 10 §. 1. 3 i. f. l. 13 i. f. l. 21 i. f. D. h. t. und sonst sehr häufig); aber auch zur Bezeichnung der Thätigkeit des Gläubigers (z. B. l. 18 §. 1 l. 3 C. h. t.), oder der Thätigkeit des Richters, oder des sonst die rechtliche Beurtheilung Anlegenden (z. B. §. 30 I. de act. 4. 6, l. 15 D. h. t., l. 96 §. 3 i. f. D. de solut. 46. 3). — Und zwar ist dieser letztere Sprachgebrauch, nach welchem compensare auf die Thätigkeit einer Person geht, in den Quellen der häufigere, so sehr, daß darüber der andere nicht selten übersehen worden ist. Mit Unrecht. Die Ausdrücke compensare und compensatio beruhen auf einer sinnlichen Vorstellung, der des Aufwägens; dieses Aufwägen kann sowohl als unmittelbar von dem Forderungsrecht selbst ausgehend, wie als Thätigkeit einer Person gedacht werden. Als unmittelbar von dem Forderungsrecht selbst ausgehend wird es namentlich gedacht in dem vielbesprochenen Satz: ipso iure compensatur (s. darüber §. 349 Note 3). Vgl. besonders l. 21 D. h. t. „Posteaquam placuit inter omnes, id, quod invicem debetur, ipso iure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur". Hier wird die Bezeichnung compensatio sogar der Thätigkeit des aufrechnenden Schuldners abgesprochen. — Hätten die Ausdrücke compensare und compensatio keine andere Bedeutung, als die der Thätigkeit des die Gegenforderung zur Geltung Bringenden, so würden wir in unserer Rechtssprache die Ausdrücke „compensiren" und „Compensation" umgehen, wir würden statt derselben „aufrechnen" und „Aufrechnung" sagen können. Aber diese letzteren Ausdrücke fügen sich schlecht zur Bezeichnung der von der Gegenforderung ohne Weiteres

Die Compensation hat gewisse Voraussetzungen, ohne welche sie nicht eintritt. Davon in §. 350; vorher sind die Grundsätze näher anzugeben, nach welchen sie sich vollzieht, wenn ihre Voraussetzungen erfüllt sind.[4]

b. Wirkung.

§. 349.

1. Das Forderungsrecht wird durch das ihm gegenüberstehende Forderungsrecht des Schuldners nicht direct aufgehoben; es fährt fort, an und für sich zu bestehen[1].

2. Es ist aber von dem Augenblick an, wo ihm das Forderungsrecht des Schuldners gegenübertritt, mit einer Einrede behaftet, welche seine Wirksamkeit hemmt. Diese Einrede hat ihren Grund in der natürlichen Betrachtung, daß es Chikane sein würde, wenn man den Schuldner nöthigen wollte, zu leisten, was man ihm sofort zurückgeben müßte[2].

---

ausgehenden Wirkung. So bleibt nichts übrig, als die fremden Ausdrücke beizubehalten. Denn „aufwägen" und „Aufwägung" zu sagen, was das ganz Entsprechende sein würde, ist doch wohl zu gewagt.

[4] Das Institut der Compensation hat sich bei den Römern nur allmälig entwickelt. Noch zur Zeit des Gajus konnte, abgesehen von zwei ganz speciellen Ausnahmen (bei den Forderungen des argentarius und bei den Forderungen des bonorum emtor) nur eine Gegenforderung aus dem nämlichen Rechtsverhältniß zur Aufrechnung gebracht werden. Gai. IV. 61—68. Aber auf Grund eines Rescriptes des Kaiser Marcus wurde anerkannt, daß die in die Formel gesetzte exceptio doli den Richter befähige, auch auf Gegenforderungen aus anderen Rechtsverhältnissen Rücksicht zu nehmen (§. 30 I. de act. 4. 6). Vgl. über die Geschichte der Compensation, über welche, namentlich in Zusammenhang mit der §. 349 Note 3 erwähnten Frage, viel gestritten wird: Brinz Compensation S. 76 fg. Lehrbuch S. 644 fg. Jahrb. S. 38 fg., Dernburg S. 19 fg., Ubbelohde S. 180 fg., die Schrift von Asher, und die Uebersicht bei Vangerow Anm. 1 Nr. II.

[1] Die Compensation tilgt das Forderungsrecht nicht ipso iure, sondern ope exceptionis. Dernburg §. 29, Vangerow S. 380—382. §. 349.

[2] „Dolo facit, qui petit, quod redditurus est". L. 8 pr. D. de doli exc. 44. 4, l. 173 §. 3 D. de R. I. 50. 17. S. auch l. 3 D. h. t. „Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere". Man hat versucht, diesen Gedanken dahin zu erweitern, daß die Compensation das Forderungsrecht aufhebe kraft einer Selbst-

3. Die Compensationseinrede tritt von Rechtswegen ein, es bedarf zu ihrer Begründung nicht erst einer Thätigkeit des Schuldners. Wenn der Schuldner sich auf das ihm gegen den Gläubiger zustehende Forderungsrecht beruft, so schafft er sich nicht erst dadurch eine Einrede, sondern er macht in der Entgegensetzung der Einrede von einem ihm bereits vorher erworbenen Rechte Gebrauch[3].

---

zahlung des Gläubigers, oder kraft einer abgekürzten Zahlung des Schuldners. Aber das ist irrig. Der Gläubiger kann deßwegen nicht fordern, weil er zurückgeben müßte; aber weder hat er erhalten und zurückgegeben, noch wird er so angesehen, als habe er erhalten und zurückgegeben. Vgl. Vangerow Anm. 1 Nr. I, Dernburg §. 39. Deßwegen ist Beweis der Compensation nicht Beweis der Zahlung: Seuff. Arch. XII. 94.

[3] In diesem Sinne sagen die Quellen, daß „ipso iure compensatur", „ipso iure compensatio fit", daß der Schuldner „ipso iure eo minus debet, quod ex compensatione retinere potest". L. 4 l. 10 pr. l. 21 D. h. t., l. 4 l. 14 pr. C. h. t., §. 30 I. de act. 4. 6. Die Compensation wirkt nicht ipso iure, aber sie tritt ipso iure ein. D. h. die Compensation als Affection des Forderungsrechtes durch das gegenüberstehende Forderungsrecht gedacht; denn compensatio auf die Thätigkeit des Schuldners bezogen, hat das ipso iure keinen Sinn. — Ueber die Bedeutung dieses ipso iure ist so viel gestritten worden, daß zuletzt Ubbelohde darüber ein ganzes Buch hat schreiben können (s. bei *). a) Früher war die herrschende Meinung, jener Ausdruck wolle allerdings sagen, daß die Compensation ipso iure wirke, wie Erfüllung und Erlaß. b) Diese Meinung hat man in der neueren Zeit mit dem unbestrittenen Satz, daß der Schuldner, wenn er nicht compensiren will, sein Forderungsrecht behält, durch die Annahme in Einklang zu bringen gesucht, daß die Compensation zwar nur eintrete, wenn der Schuldner sich auf dieselbe berufe, daß es aber, wenn der Schuldner dieß thue, so angesehen werde, als hätten die beiden sich gegenüberstehenden Forderungsrechte sich von der Zeit ihres Gegenüberstehens an ipso iure aufgehoben. Dieß ist die jetzt herrschende Auffassung. c) Dieselbe wurde energisch bekämpft von Brinz in seiner Schrift über die Compensation. Statt ihrer suchte Brinz, freilich mit ganz neuen Gründen, die ältere des Donellus zur Geltung zu bringen: das ipso iure wolle nur sagen, daß die Compensation nicht durch Einrückung einer exceptio in die Formel vermittelt worden sei. Wieder anders gewendet (mit einer Annäherung an die materielle Auffassung unter a) ist dieß auch der Grundgedanke der Auffassung Ubbelohde's. d) Nach der Meinung Dernburg's will das ipso iure sagen, die Compensation trete in der letzten Entwickelung der Lehre nach den Grundsätzen des Rechts ein, d. h. es hange nicht mehr von besonderen Umständen und Verhältnissen, vom Ermessen des Richters ab, ob sie stattfinden solle. e) Der neueste Schriftsteller über die Compensation, Asher, ist zu der alten Auffassung des ipso iure, daß die

4. Durch die Compensationseinrede wird das Forderungsrecht, wenn auch indirect, doch aufgehoben[4]. Leistet daher der Schuldner in Unkenntniß der ihm zustehenden Einrede, so kann er das Geleistete als unverschuldet geleistet zurückfordern[5]. Andere Folgerungen aus dem aufgestellten Satze sind, daß die Compensationseinrede den Zinslauf[6], den Verzug des Schuldners[7], so wie den Verfall der auf die Nichtleistung gesetzten Strafe[8] ausschließt[9].

Compensation ipso iure wirke, zurückgekehrt. Dieses ipso iure Wirken sei auch von Justinian gegenüber einer entgegenstehenden Praxis bestätigt worden, aber ohne alle Einsicht in seine Bedeutung. Demgemäß sei es „thöricht", „an der heutigen gemeinrechtlichen Theorie" zu „mäkeln" (S. 57). f) Mit der hier vertretenen Auffassung stimmt im Wesentlichen (vgl. die folgende Note) überein Brinz in dem Aufsatz in dem Jahrb. d. gem. R. und in seinem Lehrbuch, obgleich er daneben an seiner früheren Auffassung theilweise festhält. — Eine praktische Bedeutung hat diese Meinungsverschiedenheit nicht. Vgl. Ubbelohde S. 3—5.

[4] Vgl. §. 341 Note 1 a. E. L. 4 D. h. t.: — „ipso iure eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest. Sicut enim, quum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem, quam reus condemnari potest". L. 10 pr. D. h. t.: — „compensationem factam videri et ipso iure invicem liberationem". L. 4 C. h. t.: — „ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet". Ueber die Lesart in dieser letzteren Stelle s. Ubbelohde S. 207 fg. und die daselbst Citirten, Brinz Jahrb. S. 38. — Brinz (Jahrb. und Lehrb.) nimmt nicht Aufhebung der Forderung durch die Gegenforderung, sondern lediglich Befreiung des Schuldners an. Er will damit zunächst nur den Gegensatz gegen die Aufhebung ipso iure scharf bezeichnen, freilich aber nicht minder auch einen Gegensatz gegen die sonstige Abschwächung der Obligation durch Einrede (Jahrb. S. 34). Mir scheint ein Gegensatz dieser letzteren Art nur insofern vorhanden zu sein, als die Compensationseinrede den Schuldner nur auf Kosten einer entsprechenden Aufopferung befreit; dieses Besondere aber berührt die vernichtende Kraft der Einrede nicht.

[5] L. 10 §. 1 D. h. t. „Si quis igitur compensare potens solverit, condicere potest quasi indebito soluto". L. 30 D. de cond. ind. 12. 6. Dernburg S. 491—493.

[6] L. 11 D. l. 4. 5 C. h. t., l. 7 C. de solut. 8. 43. Dernburg S. 489—491.

[7] Vgl. l. 40 D. de R. C. 12. 1. Dernburg S. 493. A. M. Brinz Compens. S. 17.

[8] Dazu gehört auch die Verwirkung der Emphyteuse (I §. 222 Nr. 4) und des Miethrechts (l. 54 §. 1 D. loc. 19. 2). Dernburg S. 494. Seuff. Arch. XII. 23. 152.

5. Ob der Schuldner von seiner Einrede Gebrauch machen will, oder nicht, hängt lediglich von seiner Willkür ab. Setzt er die Einrede nicht entgegen, so darf der Richter auf dieselbe keine Rücksicht nehmen[10].

6. Setzt der Schuldner die Einrede nicht entgegen, so behält er sein Forderungsrecht, und kann dasselbe nun anderweitig verwerthen[11]. Deßwegen ist Leisten mit Verzichtleistung auf die Compensationseinrede nicht Schenkung, wie es sonst Schenkung ist, wenn der Schuldner mit Verzicht auf eine ihm zustehende Einrede leistet. Auch dann behält der Schuldner sein Forderungsrecht, wenn der Richter die geltend gemachte Einrede wegen Unzulässigkeit der Compensation verwirft[12].

7. Auch der Gläubiger kann sich auf die Compensation berufen, in dem Sinne[12a], daß er nicht genöthigt werden kann, auf seine

---

[9] Eine interessante Folgerung noch in l. 21 D. h. t. Der procurator absentis, welcher eine Forderung des abwesenden Schuldners zur Compensation bringt, braucht nicht cautio de rato zu geben. Und doch muß Jeder cautio de rato geben, welcher ohne Vollmacht die Forderung eines Andern einklagt. Aber der procurator klagt nicht eine fremde Forderung ein, sondern macht Gebrauch von einer durch diese Forderung ohne seine Thätigkeit begründeten Einrede. Freilich gehen die Meinungen über den wahren Sinn der l. 21 cit. sehr auseinander. Vgl. namentlich Brinz §. 35, Dernburg S. 326 fg., Ubbelohde §. 25.

[10] L. 2 D. h. t. „Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare". L. 1 §. 4 D. de contr. tut. 27. 4: — „erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit". — Daß es von der Willkür des Schuldners abhängt, ob er von seiner Einrede Gebrauch machen will, gilt zwar bei allen Einreden; aber hier hat es noch einen ganz besonderen Sinn. Denn die Geltendmachung anderer Einreden gewährt dem Schuldner lediglich einen Vortheil; in der Geltendmachung der Compensationseinrede liegt aber zugleich eine Aufopferung, Verwendung einer Forderung zum Zweck der Befreiung. Aus diesem Grunde kann auch der Correalschuldner die Compensationseinrede seines Mitschuldners nicht entgegensetzen (§. 350 Note 19).

[11] L. 1 §. 4 D. de contr. tut. 27. 4 (Note 10).

[12] Anders wenn er sie verwirft, weil er die geltend gemachte Gegenforderung als unbegründet aberkennt. L. 7 §. 1 D. h. t., l. 8 §. 2 D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 §. 4 D. de contr. tut. 27. 4. Vgl. I §. 130 Note 21. Dernburg §. 50.

[12a] Nicht aber in dem Sinne, daß der Gläubiger, indem er mit Compensation klagt, den Schuldner, welcher sich auf dieselbe nicht einlassen will,

Forderung Leistung anzunehmen, und dadurch die Forderung des Schuldners zu anderweitiger Verwendung frei zu machen[13]. Hat er aber einmal Leistung angenommen, wenn auch in Unkenntniß seiner Schuld, so hat er nicht das Recht, durch Rückgabe des Geleisteten sich das Compensationsrecht wieder zu erwerben[14].

8. [15] Hat der Schuldner mehrere Forderungsrechte gegen den Gläubiger, so hängt es von seiner Bestimmung ab, welches derselben zur Compensation verwendet werden soll[16]. Hat der Gläubiger mehrere Forderungsrechte gegen den Schuldner, so steht dem Schuldner die Wahl zu, falls von ihm Leistung

---

zur Verhandlung über die Gegenforderung nöthigen, und ein richterliches Erkenntniß des Inhalts verlangen könnte, daß die Gegenforderung durch Compensation getilgt sei. In einem solchen Fall wird so geurtheilt, als hätte der Gläubiger von vorn herein nur einen Theil seiner Forderung eingeklagt; der übrige Theil der Forderung wie die Gegenforderung bleiben vom Processe unberührt. So auch Sintenis Lehrb. S. 445 in der Note; a. M. Dernburg S. 255. Die räthselhafte und für die Geschichte der Compensation so schwierige Stelle des Paulus R. S. II. 5 §. 3 enthält einen Gegengrund gegen das hier Behauptete nicht; sie setzt gesetzliche Compensationsnöthigung voraus („debes").

[13] Dieß ist eine nothwendige Consequenz aus dem Satze, daß ipso iure compensatur. Das Recht selbst hat die Gegenforderung zur indirecten Aufhebung der Forderung verwendet; die Forderung wird durch die Gegenforderung als solche, nicht erst dadurch aufgehoben, daß der Schuldner die Gegenforderung entgegengesetzt. Auf diese gesetzliche Aufhebung muß sich der Gläubiger, wenn es ihm paßt, nicht weniger berufen können, als der Schuldner, und Erfüllung einer aufgehobenen Forderung braucht der Gläubiger nicht anzunehmen. Daraus, daß der Schuldner, wenn die Forderung gegen ihn geltend gemacht wird, sich auf die Compensation nicht zu berufen braucht, folgt nicht, daß der Gläubiger es nicht darf, wenn auf Grund der Forderung von ihm etwas verlangt wird.

[14] Auch dieses behauptet Dernburg S. 491. 492; aber ich wüßte es nicht zu rechtfertigen. Der Gläubiger hat ein Vermögensstück (seine Forderung gegen den Schuldner) in einer Weise verwendet (durch Zahlungsannahme), wie er es nicht verwendet haben würde, wenn er nicht im Irrthum gewesen wäre (er würde es dann zur Gegenrechnung gegen seine Schuld verwendet haben): wie kann ihn dieß berechtigen, die gemachte Verwendung zurückzunehmen?

[15] Fuhr Arch. f. prakt. RW. I Heft 3 S. 141—155; Krug §. 52, Dernburg §. 48, Sintenis S. 438.

[16] Für diesen Fall gibt der Entscheidung einen Anhalt l. 5 D. h. t. In Betreff dieses Falles ist denn auch kein Streit.

gefordert[17], dem Gläubiger, wenn ihm Leistung angeboten wird[18].[19]

c. Voraussetzungen.

§. 350.

Die Compensation setzt voraus:

1. eine gültige, daher auch eine durch Einrede nicht entkräftete Gegenforderung[1]. Fällt die Gegenforderung weg, sei es direct, sei es durch Begründung einer Einrede, so hört auch die Compensation wieder auf[2].

---

[17] So auch Fuhr und Sintenis a. a. O.; ebenso Unterholzner S. 553, Vangerow S. 375. Krug und Dernburg a. a. O. geben in diesem Fall, wenn auch aus verschiedenen Gründen, dem Gläubiger die Wahl. Ich gehe davon aus, daß es dem Schuldner freisteht, ob er die Forderung, welche er seinerseits gegen den Gläubiger hat, überhaupt zur Compensation bringen will; ist dieß der Fall, so muß es ihm auch freistehen, gegen welche Forderung des Gläubigers er sie zur Compensation verwenden will. Tritt freilich er selbst als fordernder Gläubiger auf, so geht nun das Wahlrecht auf seinen Schuldner, den Gläubiger der mehreren Forderungen, über. Es kann eben keine Partei der anderen eine Compensationseinrede aufdrängen, welche diese nicht geltend machen will.

[18] In Betreff seiner gilt dasselbe, was vorhin für den Schuldner geltend gemacht worden ist. Da es von ihm abhängt, ob er sich überhaupt auf die Compensation berufen will, so muß es auch von ihm abhangen, welche seiner Forderungen er als durch Compensation getilgt ansehen will.

[19] Wie verhält es sich in den hier behandelten Fällen mit dem Satz, daß ipso iure compensatur? Die Bestimmung des Schuldners bez. des Gläubigers bewirkt rückwärts, daß diese bestimmte Forderung durch diese bestimmte Forderung aufgehoben sei. L. 98 §. 3 D. de solut. 46. 3: „— sitque et hoc ex his, quae postfacto in praeteritum quid fuerit declarent“.

§. 350. [1] L. 14 D. h. t. „Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt“. — Compensation mit einer irrthümlich als bestehend angenommenen Gegenforderung: Seuff. Arch. XIX. 224. Compensation gegen Compensation? Seuff. Arch. XIX. 141—144. Compensation mit einer bereits eingeklagten Forderung? Krug §. 94. Seuff. Arch. XX. 28.

[2] Aber für die Vergangenheit bleiben die rechtlichen Wirkungen, welche die Compensation bis dahin erzeugt hat, bestehen, namentlich Ausschluß des Zinsenlaufes und des Verzuges des Schuldners. — Die Compensation fällt im Besonderen auch weg durch die Verjährung der Gegenforderung. Man hat das Gegentheil behauptet, entweder mit Berufung auf den Satz, daß ipso iure compensatur, indem man denselben nämlich von einer directen Aufhebung

2. Daß die Gegenforderung klagbar sei, ist an und für sich nicht erforderlich; an und für sich ist auch eine natürliche Verbindlichkeit des Gläubigers zur Compensation hinreichend[3]. Jedoch haben die im heutigen gemeinen Recht anerkannten Fälle der natürlichen Verbindlichkeit Compensationskraft nicht[4].

3. Die Gegenforderung muß fällig sein[5]; jedoch schadet eine dem Schuldner[5a] gewährte Schonungsfrist nicht[6]. Daß die Gegenforderung an demselben Orte fällig sei, wie die Forderung, ist nicht nothwendig; nur muß, wenn sie es nicht ist, das Interesse des Schuldners in Anschlag gebracht werden[7].

4. Ein wesentliches Erforderniß der Compensation ist, daß die Gegenforderung auf eine Leistung gleicher Art gehe, wie die

---

der Forderung durch die Gegenforderung, sofort oder nach gemachter Compensationseinrede, verstand (§. 349 Note 3 lit. a und b) — so auch Seuff. Arch. II. 163, XIV. 19, XV. 118; dawider IX. 253 — oder mit Berufung auf den Satz, daß Einreden nicht verjähren (Seuffert §. 287 Note 13 a. E., Dernburg S. 436). Das letztere Argument hat etwas Bestechendes, wenn man bedenkt, daß ja das Recht selbst die Gegenforderung zur Einrede verwendet. Aber es hemmt durch diese Verwendung nicht ihre freie Bewegung; es gestattet dem Berechtigten, sie in jeder anderen Weise geltend zu machen. Er bleibt Forderungsberechtigter, als wenn seine Forderung zur Einrede nicht verwendet worden wäre, und muß daher auch den gewöhnlichen Verjährungsregeln unterliegen. Vgl. I §. 112 Note 8. S. noch Seuff. Arch. XIII. 8 (gegen den Wegfall der Compensation, ohne Angabe des Grundes).

[3] L. 6 D. h. t. „Etiam quod natura debetur, venit in compensationem". Vgl. §. 288 Note 12.

[4] S. §. 289 und im Besonderen das. Note 13. 21. 22. Vgl. Krug §. 41, Dernburg S. 437—439.

[5] L. 7 pr. D. h. t. „Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat". Seuff. Arch. II. 279, VIII. 214.

[5a] Dem Schuldner in der Gegenforderung — dem Gläubiger in der Hauptforderung.

[6] L. 16 §. 1 D. h. t.: — „aliud est enim, diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis". Dernburg S. 429—432.

[7] Des Schuldners in der Gegenforderung — des Gläubigers in der Hauptforderung. Nicht auch das Interesse des Gläubigers in der Gegenforderung, — des Schuldners in der Hauptforderung, der ja nicht zu compensiren braucht, wenn er auf den Ort der Leistung, auf welchen er ein Recht hat, nicht verzichten will. L. 15 D. h. t. A. M. Dernburg S. 434.

Paul. R. S. compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admitt
II. tit 5, 3

Forderung[8]. Auf Grund dieses Erfordernisses ist der Hauptfall, in welchem die Compensation eintritt, der, wo Forderung und Gegenforderung auf eine Geldleistung gehen; er ist aber nicht der einzige[9]. Ob die beiden Forderungen von Anfang an auf eine Leistung gleicher Art gehen, oder kraft einer späteren Verwandlung einer derselben oder beider, ist gleichgültig[10].

5. Daß die Gegenforderung nicht liquid ist[11], d. h. noch einer Feststellung, durch Berechnung oder Beweis, bedarf, schadet der Compensation nicht. Jedoch ist der Richter berechtigt und verpflichtet, die Compensation aus diesem Processe zurückzuweisen[12],

---

[8] Es ist nothwendig, daß die Leistung, welche der Schuldner von dem Gläubiger zu fordern hat, als Leistung des Schuldners gedacht, ihrer Art nach dem Forderungsrecht des Gläubigers genügen würde. Dieß folgt aus dem Begriff der Compensation, und wird daher in den Quellen vorausgesetzt, ohne daß sie es ausdrücklich hervorheben. Vgl. übrigens Paul. R. S. II. §. 5 §. 3, Gai. IV. 66.

[9] Nähere Ausführungen bei Krug §. 42—50, Dernburg §. 43—44, Sintenis S. 428—431. S. auch Holzschuher III §. 247 Nr. 2.

[10] Vgl. l. 8 C. h. t., l. 1 C. rer. amot. 5. 21. Im classischen römischen Recht ging die Verurtheilung immer auf Geld; weßwegen mit einer Geldforderung gegen jede Forderung compensirt werden konnte. Rührte die Gegenforderung aus demselben Grunde her, wie die Forderung, was immer ein bonae fidei iudicium voraussetzte, so wurde auch die Gegenforderung in Geld angeschlagen, so daß hier Compensation unbedingt zulässig war. Gai. IV. 61. Bei der actio arbitraria soll nach der Behauptung von Dernburg S. 421 auf Verlangen des Beklagten, um diesem die Compensation möglich zu machen, eine Geldcondemnation auch dann eingetreten sein, wenn der Beklagte zur Erfüllung bereit gewesen sei, der Kläger aber die Befriedigung der ex eadem causa herrührenden Gegenforderung verweigert habe. Da dieser Satz sich aus den Proceßregeln des classischen römischen Rechtes nicht erklären würde, so hält ihn Dernburg auch heutzutage noch für anwendbar (S. 428 unt.). Aber ich glaube nicht, daß er durch l. 18 §. 4 D. commod. 13. 6, auf welche Stelle sich Dernburg beruft, bewiesen wird. Diese Stelle setzt Geldcondemnation voraus; welches der Grund derselben sei, darüber sagt sie nichts.

[11] Reh Arch. f. civ. Pr. II. 17, Gensler das. III S. 209—210, Hasse und Tellkampf in den bei * citirten Aufsätzen, Bethmann-Hollweg das. S. 258—263; Krug §. 89—93, Dernburg §. 49; Fritz Erläuter. II S. 406—408, Vangerow III §. 618 Anm. 2, Sintenis II S. 432 und dazu Anm. 42.

[12] Aus diesem Processe und zur besonderen Ausführung verwiesen wird die Compensation, nicht lediglich die Forderung. Thut daher der Schuldner später seine Forderung dar, so kann er Alles verlangen, was er gehabt haben

wenn die Feststellung der Gegenforderung voraussichtlich eine Zeitdauer in Anspruch nehmen wird, welche in keinem Verhältniß steht zu der für die Feststellung der Forderung erforderlichen Zeit[13]. Ob die Gegenforderung auf der nämlichen Thatsache beruht, wie die Forderung, oder nicht, macht dabei keinen Unterschied[14].[15]

6. Was die subjectiven Beziehungen der Gegenforderung

---

würde, wenn damals auf die Compensation Rücksicht genommen worden wäre. Namentlich gilt dieß auch für den Ausschluß des Zinsenlaufes und des Verzuges. Hasse Arch. f. civ. Pr. VII S. 201, Dernburg S. 474—476.

[13] Die im Text aufgestellten Sätze beruhen auf Justinian's Vorschrift in l. 14 §. 1 C. h. t. Jedoch werden sie nicht allgemein anerkannt. So wird namentlich gelehrt, — und früher war dieses die durchaus herrschende Meinung, — daß im ordentlichen Processe die Compensationseinrede nie zurückgewiesen werden dürfe, wenn sie rechtzeitig, d. h. mit der Einlassung auf die Klage, vorgebracht worden sei. Dieser Satz wird theils auf eine besondere Auslegung der l. 14 §. 1 cit. gestützt, theils auf ein abänderndes, mit den Grundsätzen des deutschen Processes in Verbindung stehendes, Gewohnheitsrecht (so namentlich Dernburg). Die im Text angenommene Ansicht ist von Hasse a. a. O. entwickelt worden; ihr sind beigetreten Fritz, Vangerow, Sintenis a. a. O., Puchta §. 289. h, Arndts §. 264 Nr. 5, und danach ist erkannt bei Seuff. Arch. V. 123, VIII. 33, IX. 145. 279, XIV. 132; Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck II S. 205. 206. Gegen dieselbe, und für die zuvor bezeichnete Ansicht noch jetzt: Seuffert §. 287 a. E., Briegleb summar. Processe S. 193 Note *; Seuff. Arch. I. 366, VII. 108, VIII. 122, XIV. 21, XV. 17, XVIII. 232. Besondere Meinungen Brinz Compens. §. 47. 48, Scheurl S. 179—182 S. auch Holzschuher III §. 247 Nr. 3. b. — In diesen Zusammenhang gehört auch die Meinung, daß gegen eine liquide Geldforderung eine erst durch Abrechnung festzustellende deßwegen nicht compensirt werden könne, weil die letztere nicht sowohl auf Geldleistung, als auf Abrechnung gehe. So Seuffert Arch. f. civ. Pr. III S. 195 fg., Seuff. Arch. I. 32, II. 281, VIII. 33; dawider Gensler Arch. f. civ. Pr. III S. 199 fg., Hasse das. VII S. 149, Dernburg S. 416—418. — Vgl. noch Seuff. Arch. I. 31.

[14] Die l. 14 §. 1 cit. drückt sich ganz allgemein aus. A. M. Hasse S. 184. 203, Bethmann-Hollweg S. 258. Vgl. Dernburg S. 466, Vangerow S. 389.

[15] Die besondere Vorschrift der l. 46 §. 4 D. de I. F. 49. 14 („Qui compensationem opponit fisco, intra duos menses debitum sibi docere debet") erklärt sich aus l. 41 C. Th. de appell. 11. 30, und erweist sich danach als heutzutage unanwendbar. Dernburg S. 469. Vgl. Seuff. Arch. III. 112.

angeht[16], so ist natürlich die Regel die, daß die Gegenforderung eine Forderung des Schuldners gegen den Gläubiger sein muß[17]. Jedoch kann: a) der Bürge die Forderung des Hauptschuldners compensiren[18]; b) der Correalschuldner die Forderung des Mitschuldners, wenn dieser ihm regreßpflichtig ist[19]. In gleicher Weise kann c) der Schuldner die Forderung, welche ihm gegen einen Mitgläubiger seines Gläubigers zusteht, compensiren, wenn der Gläubiger dem Mitgläubiger regreßpflichtig ist[20]. d) Durch

---

[16] Krug §. 58—70, Dernburg §. 40—42; Sintenis S. 419—423.

[17] Der Schuldner kann also nicht compensiren, was nicht er, sondern ein Dritter vom Gläubiger zu fordern hat, und ebensowenig, was zwar er, aber nicht vom Gläubiger, zu fordern hat. Auf den letzteren Fall beziehen sich l. 18 §. 1 D. l. 9 C. h. t., auf den ersteren l. 23 D. eod. Ueber l. 16 D. h. t. s. Dernburg S. 381—383. — Einfluß der ehelichen Güterverhältnisse: Krug §. 70, Dernburg S. 401—404, Saran Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII. 4 (römisches Dotalrecht); Seuff. Arch. II. 280, XI. 159. Compensation gegenüber der Handelsgesellschaft: HGB. Art. 121. 169; Thöl Handelsr. I S. 237.

[18] Eigentlich freilich bringt der Bürge die Forderung des Hauptschuldners nicht sowohl seiner eigenen Verpflichtung gegenüber zur Aufrechnung, als vielmehr der Verpflichtung des Hauptschuldners gegenüber, indem er nämlich geltend macht, daß diese letztere durch die Gegenforderung des Hauptschuldners aufgehoben oder gemindert sei, und er als Bürge nicht weiter hafte, als der Hauptschuldner. L. 4 D. h. t. (§. 349 Note 4), l. 5 eod. In derselben Lage, wie der Bürge, ist der dritte Pfandbesitzer (I §. 225 Note 3). Seuff. Arch. XIV. 20. Vgl. Dernburg S. 404—407.

[19] L. 10 D. de duob. reis 45. 2. „Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet". Der Grund, weßwegen es im Fall der societas anders sein soll (Seuff. Arch. I. 33), ist, weil in diesem Fall die Leistung des Belangten auf den Mitschuldner zurückfällt. Daher ist die Ausdehnung auf jeden anderen Fall, wo ein Regreßanspruch begründet ist, unbedenklich. Vgl. auch Krug S. 161. Aber kann der Belangte die Forderung des Mitschuldners ganz zur Compensation bringen, oder nur so weit, wie dessen Regreßpflicht reicht? Das Letztere folgt aus dem Grunde des Satzes, und die angeführte Stelle widerspricht nicht. Uebrigens wird nach l. 9 §. 1 D. h. t. der Belangte Sicherheit dafür geben müssen, daß der Mitschuldner die Compensation genehm halten werde.

[20] Dieser Satz hat kein ausdrückliches Zeugniß der Quellen für sich; aber die Analogie des zuvor erwähnten Satzes läßt sich nicht wohl abweisen. Die Leistung an den Gläubiger, welcher fordert, ist im Resultate eine Leistung an den Mitgläubiger, gegen welchen dem Schuldner eine Forderung zusteht. So auch Dernburg S. 409; a. M. Krug S. 163, Savigny Oblig. I S. 169. o, Vangerow S. 98, Sintenis S. 423.

Uebertragung der Forderung kann dem Schuldner die einmal erworbene Compensationseinrede nicht genommen werden; er kann also dem neuen Erwerber gegenüber seine Forderung gegen den früheren Gläubiger compensiren[21]. e) Die Befugniß zur Compensation mit einer Gegenforderung, welche aus der nämlichen Thatsache herrührt, wie die Forderung, wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß in Folge der väterlichen Gewalt, in welcher der Begründer des obligatorischen Verhältnisses steht, Recht und Pflicht aus demselben auf verschiedene Personen auseinandergehen[22].

7. Ausnahmsweise findet die Compensation, wenn auch ihre übrigen Voraussetzungen vorhanden sind, nicht Statt[23]: a) gegenüber der Forderung aus einer Hinterlegung[24]; b) gegenüber der

[21] Auch eine nach der Uebertragung, aber vor der Denuntiation, erworbene und fällig gewordene Forderung. Denn bis zur Denuntiation unterliegt die Forderung noch der Einwirkung aus der Person des Cedenten (§. 331. 332 Note 7). Krug §. 65, Dernburg S. 385—394, Sintenis S. 420—421; s. auch Holzschuher III §. 247 Nr. 12. Seuff. Arch. I. 30, II. 279, VI. 177, XII. 18, XIII. 91, XIV. 22. Ueber Compensation mit einer durch Cession erworbenen Forderung s. §. 331 Note 2. Ueber Compensation im Concurse (Uebergang der Forderung auf das corpus creditorum) s. Krug §. 68—69, Dernburg S. 394—397, Sintenis S. 421—423, Holzschuher III §. 147 Nr. 8. 9; Seuff. Arch. II. 117, VIII. 214, IX. 235. 236, X. 2, XI. 105, XIV. 220, XV. 119, XIX. 139. — Kann nicht auch bei der Schuldübernahme der neue Schuldner die Forderung des alten compensiren? An und für sich gewiß (§. 339 Note 1); jedoch darf nicht angenommen werden, daß der alte Schuldner, welcher seine Schuld auf den neuen Schuldner abwirft, demselben die Verwendung einer ihm zustehenden Forderung zur Compensation habe gestatten wollen.

[22] Der Gewaltunterworfene hat die Pflicht, der Gewalthaber hat das Recht. Aber der Gewalthaber kann das Recht nicht geltend machen, ohne der dem Recht entsprechenden Pflicht zu genügen (l. 57 pr. D. de aed. ed. 21. 1, l. 31 §. 1 D. de R. C. 12. 1), und die Pflicht des Gewaltunterworfenen kann gegen den Gewaltunterworfenen nicht geltend gemacht werden, ohne daß dem der Pflicht entsprechenden Recht — Zustimmung des berechtigten Vaters zur Compensation vorausgesetzt — genügt wird. L. 9 D. h. t. Dernburg S. 409—411.

[23] Krug §. 71—78, Dernburg §. 46, Sintenis S. 433—436.

[24] L. 11 pr. C. dep. 4. 34, l. 14 §. 1 i. f. C. h. t., §. 30 I. de act. 4. 6. Ueber und gegen Beschränkungen, welche man behauptet hat, s. Dernburg S. 448. Vgl. auch Seuff. Arch. VI. 326.

Forderung aus widerrechtlicher Aneignung fremden Besitzes[25]; c) gegenüber gewissen Forderungen des Fiscus und der Stadtgemeinden[26]. Ueberdieß kann man d) gegen den Fiscus nur dann compensiren, wenn man von derselben Kasse zu fordern hat, deren Schuldner man ist[27]. Die Compensation ist ferner ausgeschlossen e) gegenüber der Alimentenforderung[28], und kann f) ausgeschlossen werden durch den Verzicht des Schuldners[29] und durch die Bestimmung des ein Forderungsrecht begründenden Erblassers und Richters[30].

d) Zusätzliches.

§. 351.

1. Die im Vorstehenden entwickelten Grundsätze gelten ganz ebenso, wie für Forderungen, auch für dingliche Ansprüche[1].

---

[25] L. 14 §. 2 C. h. t. „Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur". Daß das widerrechtlich in Besitz Genommene auch im Eigenthum desjenigen stehe, welchem es entzogen worden ist, erfordert die Stelle nicht. Genügt auf der anderen Seite Eigenthum ohne Besitz? So die Schriftsteller und Seuff. Arch. VI. 174.

[26] Für den Fiscus werden ausgenommen (l. 46 §. 5 D. de I. F. 49. 14, l. 7 C. h. t., l. 20 D. eod.): Forderungen auf Abgaben und andere öffentliche Leistungen, Forderungen aus dem Verkaufe fiscalischer Sachen; für Stadtgemeinden (l. 3 C. h. t.): Forderungen auf Abgaben und andere öffentliche Leistungen, sowie auf Privatleistungen, welche zu einem öffentlichen Zwecke bestimmt sind, wie namentlich zur Armenunterstützung (alimenta), ferner Forderungen aus Darlehen und Vermächtnissen. Ueber die verschiedenen Meinungen und Auffassungen s. Krug §. 72—75, Dernburg S. 450—454, Sintenis Note 45—51.

[27] L. 1 C. h. t. Seuff. Arch. I. 203.

[28] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt, aber folgt aus der Natur der Alimentenforderung. Vgl. §. 335 Note 6 und Dernburg S. 446; dawider Krug S. 206, Sintenis S. 435 Note 50 a. E., Holzschuher III §. 247 Nr. 5.

[29] Welcher natürlich auch stillschweigend erklärt werden kann. Krug §. 82—84, Dernburg S. 440—444. Vgl. Seuff. Arch. I. 335, IV. 214, IX. 246, XIV. 222, XV. 216.

[30] Ausdrückliche oder stillschweigende. Wer eine Forderung begründen kann oder nicht begründen kann, kann ihr auch eine größere oder geringere Kraft verleihen. Vgl. Dernburg S. 444—446.

§. 351. [1] Ausdrücklich anerkannt von Justinian in l. 14 pr. C. h. t. „Compen-

2. Es kann auch compensirt werden durch den Vertrag der Parteien[2]. Der Compensationsvertrag ist eine Form des Erlaßvertrages; er ist ein gegenseitiger Erlaßvertrag, in welchem Erlaß gegen Erlaß eingetauscht wird[3]. Besondere Eigenschaften von Forderung und Gegenforderung sind für denselben nicht erforderlich[4].[5]

3. Von dem Compensationsrecht verschieden ist das Retentionsrecht. Durch das Retentionsrecht soll nicht ein Anspruch des Gegners beseitigt, sondern der Gegner zu einer eigenen Leistung genöthigt werden; es besteht in der Befugniß, eine Leistung, zu welcher man an und für sich verpflichtet ist, zurückzubehalten, bis der Fordernde seinerseits einem Anspruche, welchen man gegen ihn erhebt, Genüge geleistet hat[6].

---

sationes *ex omnibus actionibus* ipso iure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda". Vgl. über die verschiedenen Auffassungen dieser Stelle Dernburg §. 37, Ubbelohde §. 27, und die daselbst Citirten. Ueber das frühere Recht: Dernburg §. 34—36.

[2] Krug §. 3. 29, Brinz Compens. §. 41—43, Dernburg §. 52, Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 146 fg. — Der Compensationsvertrag wird in den Quellen nicht häufig erwähnt. Vgl. l. 4 D. qui pot. 20. 4, l. 47 §. 1 l. 51 §. 1 l. 52 §. 1 D. de pact. 2. 14, l. 76 D. de V. S. 50. 16. Ueber l. 13 C. h. t. s. Krug S. 86, Dernburg S. 495.

[3] Brinz a. a. O. ist der Meinung, daß dieser gegenseitige Erlaß bereits nach römischem Recht auch ohne Form die beiden sich gegenüberstehenden Obligationen direct aufgehoben habe. Ich halte das nicht für richtig. Krug S. 87 stellt den Compensationsvertrag unter den Gesichtspunkt der in solutum datio. Bethmann-Hollweg S. 268 sieht in demselben eine abgekürzte Zahlung; ebenso Bähr Anerkennung S. 161 (175).

[4] A. M. Brinz a. a. O. S. 150.

[5] Anwendung des Compensationsvertrages in der Contocurrentberechnung zwischen Kaufleuten: Thöl Handelsr. I §. 113. II. — Scontration: Aufrechnung mit einer Forderung, die man gegen seinen Gläubiger durch eine vorhergehende Novation erworben hat. A. ist Schuldner des C und Gläubiger des B, welcher seinerseits Gläubiger des C ist. An die Stelle der Obligationen zwischen A und B und zwischen B und C wird durch Novation Eine Obligation zwischen A und C gesetzt, und nun rechnen A und C gegen einander auf. Thöl Handelsr. I §. 134—136.

[6] Das Retentionsrecht kann aus den verschiedensten Gründen zustehen, vgl. z. B. I §. 190 Note 2. 3, I §. 234 Note 1, II §. 321 Note 2. 22, l. 94 pr. D. de sol. 46. 3. Eine gemeinsame Theorie für alle diese Fälle läßt sich nicht aufstellen. (Vgl. Windscheid krit. VJSchr. I S. 127). Nichtsdesto-

3. Zusammenkommen von Forderung und Schuld in derselben Person*.

§. 352.

Das Forderungsrecht wird ferner dadurch aufgehoben, daß Forderung und Schuld in derselben Person zusammenkommen[1], was namentlich durch Erbgang geschehen kann[2]. Der Grund der Aufhebung ist der sehr natürliche, daß Niemand ein Recht gegen sich selbst haben kann[3]; das Resultat der Aufhebung aber ist, wie

---

weniger ist eine Gesammtbearbeitung der Lehre vom Retentionsrecht oft versucht worden: von Schenck (die Lehre vom Retentionsrechte, 1837), Luden (das Retentionsrecht, 1839), Großkopff (zur Lehre vom Retentionsrecht, 1858); s. auch Lenz in Weiske's RLex. IX S. 377 fg., Zaun Arch. f. prakt. RW. IV S. 369 fg.; Dernburg S. 13 fg.; Holzschuher I §. 10. Vgl. auch Seuff. Arch. IX. 279, XI. 146. — Ueber und gegen die Ansicht von Brinz (Compens. S. 54 fg. 110 fg. 142 fg. Lehrb. S. 646 fg.), daß Justinian in l. 11 C. h. t. ein eigenthümliches, aus Compensation, Retention und Widerklage gemischtes Institut geschaffen habe, s. Arndts §. 264 Anm. 7, Dernburg S. 195 fg., Vangerow S. 379. 386, Ubbelohde S. 169 fg. — Beseitigung der Retentonseinrede durch Anbieten von Caution? Seuff. Arch. XVI. 94, XVII. 2.

352. * Girtanner Bürgschaft S. 504 fg. Kuntze die Obligation &c. §. 51 Fitting Correalobligation §. 17—21. Baron Gesammtrechtsverhältnisse §. 30—32. Unterholzner I §. 262, Sintenis II S. 463—464.

[1] — „cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit“ (l. 107 D. de solut. 46. 3). Die Quellen sprechen in diesem Falle von Aufhebung des Forderungsrechts durch confusio. L. 75 D. de solut. 46. 3. „Sicut acceptilatio in eum diem praecedentes perimit actiones, ita et confusio; nam si debitor heres creditori exstiterit, confusio hereditatis perimit petitionis actionem“.

[2] Ebenso durch Gesammtnachfolge anderer Art. Aber auch ohne Gesammtnachfolge. Ein interessanter hierher gehöriger, freilich heutzutage nicht mehr praktischer Fall in l. 7 §. 1 D. de stip. serv. 45. 3 (Note 5). S. ferner §. 6 I. de nox. act. 4. 8, l. 37 D. eod. 9. 4, l. 18. 64 D. de furt. 47. 2, l. 38 §. 1 D. de leg. I° 30.

[3] Also derselbe Grund, weßwegen „nulli res sua servit“ (I §. 200 Note 4. §. 215 Note 9). Deßwegen geht das Forderungsrecht nicht unter, wenn neben dem Schuldner, welcher mit dem Gläubiger, neben dem Gläubiger, welcher mit dem Schuldner zusammengefallen ist, noch ein zweiter Schuldner bez. Gläubiger vorhanden ist, l. 71 pr. D. de fidei. 46. 1 (§. 295 Note 9). — Uebereinstimmend in Betreff des Grundes der Aufhebung Fitting und Baron a. a. O. (s. jedoch auch Note 5). Vangerow (III S. 103) führt die Wirkung der confusio auf die durch dieselbe bewirkte Unmöglichkeit der Ausübung des

bei der Compensation, daß der Gläubiger eine entsprechende Befreiung hat: bei der Compensation wird er von einer Schuld befreit, welche er gegen einen Andern hat, hier wird er von einer Schuld befreit, welche er gegen einen Andern haben würde, wenn er nicht selbst der Gläubiger wäre[4].

Das Forderungsrecht wird dadurch aufgehoben, daß Forderung und Schuld in einer und derselben Person zusammenkommen. Dieß setzt voraus, daß die Forderung auf den

---

Forderungsrechtes zurück, und folgert daraus, daß sie das Forderungsrecht nicht objectiv zerstöre; dagegen Fitting S. 105—107. Ueber die Meinung (Girtanner), welche die confusio kraft einer in derselben liegenden Erfüllung wirken läßt, s. die folgende Note a. E.

[4] Aus diesem Grunde ist hier die confusio auch in der äußeren Anordnung mit der Compensation zusammengestellt worden, was gewöhnlich nicht geschieht (s. jedoch Seuffert §. 290). Der Gesichtspunkt der Compensation wird geradezu angelegt in l. 33 D. sol. matr. 24. 3. Gewöhnlich aber drücken die Quellen den im Text bezeichneten Gedanken dadurch aus, daß sie die confusio in ihrer Wirkung der solutio gleichstellen. L. 21 §. 1 D. de lib. leg. 43. 3: — „confusione perinde exstinguitur obligatio, ac solutione". L. 50 D. de fidei. 46. 1: — obligatio ratione confusionis intercidit, aut, quod est verius, solutionis potestate". L. 71 pr. eod., l. 41 §. 2 D. de evict. 21. 2, l. 95 §. 2 D. de solut. 46. 3. In der That, der Gläubiger-Schuldner hat nach der confusio das kraft der Obligation zu Leistende in seiner Eigenschaft als Gläubiger, kraft seines Forderungsrechtes; denn wäre er nicht Gläubiger, so müßte er, was er nun behält, einem Andern leisten. Daraus ziehen die Quellen auch wichtige Consequenzen. a) Der Gläubiger, welcher verpflichtet ist, den Gegenstand seiner Forderung einem Dritten herauszugeben, wird von dieser Verpflichtung nicht dadurch frei, daß er seine Forderung durch confusio verliert, l. 33 D. sol. matr. 24. 3. b) Umgekehrt verliert der Schuldner ein ihm zustehendes Regreßrecht dadurch nicht, daß er durch confusio frei wird, l. 30 l. 41 §. 2 D. de evict. 21. 2, l. 11 D. mand. 17. 1 (im Fall der l. 21 §. 5 D. de fidei. 46. 1 verliert der frei werdende Schuldner das Forderungsrecht nicht, weil es in der Person eines Mitschuldners fortdauert). c) Bei der Berechnung der falcidischen Quart wird von dem Bestand der Erbschaft abgezogen, was der Verstorbene dem Erben, hinzugerechnet, was der Erbe dem Verstorbenen schuldig war, l. 6 pr. C. ad leg. Falc. 6. 50, l. 1 §. 18 l. 54 D. eod. 35. 2. d) Eine gleiche Ab- und Zurechnung findet Statt, wenn die Erbschaft einem Dritten herausgegeben werden soll, l. 2 §. 18 l. 20 D. de her. vend. 18. 4, l. 104 §. 7 D. de leg. I° 30, l. 27 §. 11 l. 80 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 58 pr. eod. — Man darf aber nicht deßwegen, weil die confusio wie solutio wirkt, sagen, daß der Grund ihrer Wirkung eine — vom Recht als geschehen angenommene — Erfüllung sei. Diese Verwechslung hat Girtanner a. a. O. gemacht.

Schuldner, die Schuld auf den Gläubiger wirklich übergegangen sei; eben durch den Uebergang gehen sie unter, weil sie dadurch in eine Lage kommen, in welcher sie nicht bestehen können. Das Verhältniß ist dagegen nicht etwa so zu denken, als könnte die Forderung auf den Schuldner, die Schuld auf den Gläubiger gar nicht übergehen, und sie gingen deßwegen unter, weil sie anderweitig nicht bestehen könnten[5]. —

Zusammenfallen mehrerer Gläubiger, welche Dasselbe zu fordern haben, oder mehrer Schuldner, welche Dasselbe schuldig sind, ändert an dem bestehenden Rechtsverhältniß nichts[6].

4. Novation*.

a. Begriff und Wirkung.

§. 353.

Novation ist Aufhebung des Forderungsrechtes durch Begründung eines neuen; das Forderungsrecht wird dadurch auf-

---

[5] Also bei confusio in Folge des Erbganges, weil der bisherige Gläubiger bez. Schuldner nicht mehr vorhanden sei. Dieß ist die Meinung von Baron. Wie er dieselbe zu begründen sucht, muß man bei ihm selbst nachlesen. Widerlegt wird sie, wenn auch die in der vorigen Note angeführten Quellenentscheidungen sich mit ihr vereinigen lassen mögen, durch die bereits (Note 2) genannte l. 7 §. 1 D. de stip. serv. 45. 3, die ihres lehrreichen Inhalts wegen hier abgedruckt sein mag. „Si servus communis ab uno ex sociis stipulatus sit, si quidem nominatim alteri socio, ei soli debetur. Sin autem sine ulla adiectione pure stipulatus sit, reliquas partes is servus ceteris sociis *praeter eam partem*, *ex qua promissor dominus esset*, acquiret“. Und doch „persona servi communis eius condicionis est, ut in eo, quod alteri ex dominis potest acquirere, alteri non potest, perinde habeatur, ac si eius solius esset, cui acquirendi facultatem habeat“ (l. 1 §. 4 eod.).

[6] L. 13 D. de duob. reis 45. 2, l. 5 D. de fidei. 46. 1, l. 93 D. de solut. 46. 3 (§. 293 Note 12). Anders nur, wenn Hauptschuldner und Bürge zusammenfallen. S. §. 479 Nr. 2.

§. 353. * Dig. 46. 2 Cod. 8. 42 de novationibus et delegationibus. — Liebe die Stipulation und das einfache Versprechen S. 156—343 (1840). Gneist die formellen Verträge 2c. S. 148 fg. 229 fg. (1845). Fein Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation S. 28—47 (1850). Bähr die Anerkennung §. 12 (1855 [1867]). Kuntze die Obligation 2c. §. 33. 58—64 (1856). Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 117—129

gehoben, daß an seine Stelle ein anderes gesetzt wird[1]. Dasjenige, was das neue Forderungsrecht mit aufhebender Kraft begabt, ist der Wille des Gläubigers in dem alten Forderungsrecht. Insofern ist Novation Aufhebung des Forderungsrechtes durch den Willen des Gläubigers; aber der Wille des Gläubigers wirkt in der Novation nicht schlechthin, wie beim Erlaß, sondern eben durch das Mittel des neuen Forderungsrechtes[2]. Der Ausdruck

(1858). Girtanner die Stipulation S. 231 fg. (1859). Kniep Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation (1860; darüber Windscheid krit. VJSchr. II S. 242—251 und Kuntze Schletter's Jahrb. VIII S. 101—104). Römer die bedingte Novation nach dem römischen und heutigen gemeinen Recht (1863; darüber H. Witte krit. VJSchr. VI S. 39—52). v. Salpius Novation und Delegation nach römischem Recht (1864; darüber Windscheid krit. VJSchr. VI S. 463—466 und H. Witte das. VIII S. 169—212. 321—377). Salkowski zur Lehre von der Novation nach römischem Recht (1866; darüber H. Witte krit. VJSchr. IX S. 475—502). Schauberg Zeitschr. f. Handelsr. X S. 193 fg. (1867). Unterholzner I §. 288—291, Sintenis II §. 105.

[1] Die Novation ist ein einheitlicher Act; sie ist nicht Aufhebung mit gleichzeitiger Begründung, auch nicht Aufhebung um der Begründung willen (v. Salpius, s. namentlich S. 273. 339. 439), sondern eben Aufhebung durch Begründung.

[2] Der Gläubiger begabt das neue Forderungsrecht mit aufhebender Kraft, wie er bei der in solutum datio die Leistung, welche nicht Erfüllungsleistung ist, mit aufhebender Kraft begabt (§. 342 Note 10). Das Resultat der Novation ist also, daß der Gläubiger ein Erfüllungsäquivalent hat, und in diesem Sinne wird in den Quellen die Novation mit der solutio verglichen (l. 31 §. 1 D. h. t.), ja geradezu als solutio bezeichnet (l. 21 §. 3 D. de annuis 33. 1, l. 19 §. 4 D. de don. 39. 5). Aber damit wird nur auf das Resultat der Novation hingewiesen, nicht aber der Grund bezeichnet, weßwegen die Novation die bestehende Obligation aufhebt. Das die bestehende Obligation in der Novation Aufhebende ist das Dasein der neuen Obligation, nicht die Befriedigung, welche der Gläubiger in dieser letzteren hat. Wenigstens ist dieß die Auffassung der Quellen. Nirgends in unseren Quellen wird die Novation als eine Art der in solutum datio behandelt; sie tritt durchaus als selbständiger Modus der Aufhebung von Obligationen auf. Und doch war den Römern die in solutum datio durch Neubegründung eines Forderungsrechtes durchaus nicht unbekannt (wenngleich es in den hierher zu ziehenden Stellen nicht immer zweifellos ist, ob wirklich in solutum datio, und nicht vielmehr Novation angenommen wird), s. z. B. l. 5 l. 8 §. 3. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 37 §. 4 D. de op. lib. 38. 1, l. 18 D. de fidei. 46. 1, vgl. l. 32 D. de R. C. 12. 1, l. 21 §. 1 D. de don. 39. 5, und von Schriftstellern: Fitting Correalobl. S. 51 Note 57, Römer S. 51 fg.,

Novation beruht auf der Vorstellung einer bloßen Umwandlung des Forderungsrechtes[3]; aber diese Vorstellung ist nicht genau[3a]; das neue Forderungsrecht ist nicht bloß der Erscheinungsform nach ein anderes, sondern der Substanz nach[3b].

Salkowski S. 275 fg., Arndts §. 268 Anm. 8, auch unten Note 9 a. E. So ist denn auch die Novation von der in der Geschichte der in solutum datio auftretenden Controverse: ob Wirkung ipso iure oder ope exceptionis? (Gai. III. 168) vollkommen unberührt geblieben. Ja durch das ältere Recht der Novation geht eine Strömung, nach welcher der Novationsvertrag als solcher, unabhängig ob er ein Forderungsrecht überhaupt erzeugt, die bestehende Obligation aufhebt, s. Gai. III. 176. 179 i. f. (vgl. §. 354 Note 3). Gegen die Einreihung der Novation unter den Gesichtspunkt der in solutum datio haben sich ausgesprochen: Kuntze S. 190, Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 324 fg., v. Salpius S. 148 fg., Salkowski S. 272 fg., Schauberg S. 200—201; für dieselbe, mit größerer oder geringerer Entschiedenheit: Liebe S. 156 fg., Gneist S. 148 fg., Savigny Obl. I S. 167, Fitting Correalobl. §. 9, Windscheid krit. VJSchr. III S. 169, und namentlich Witte VIII S. 333 fg. IX S. 485 fg. Noch weiter geht Girtanner S. 231; derselbe sieht in der Novation sogar eine wirkliche Erfüllung: es werde in ihr der Gegenstand der Obligation als Erfüllung angenommen, und gleichzeitig wieder creditirt. — Uebrigens möchte ich über die Frage nicht absprechen, ob nicht wenigstens für das heutige Recht der Grund fehlt, ein Geschäft, welches auf Ersatz einer Obligation durch eine andere gerichtet ist (nicht auf bloße Veränderung einer in ihrer Substanz aufrechterhaltenen Obligation, s. darüber Note 3b), unter irgend eine andere Kategorie zu stellen, als unter die der Leistung an Erfüllungsstatt. Ich halte diese Frage noch nicht für spruchreif.

[3] L. 1 pr. D. h. t. „Novatio est prioris debiti in aliam obligationem . . transfusio atque translatio“. Vgl. auch l. 34 §. 2 D. eod., Gai. III. 176, §. 3 I. quib. mod. toll. 3. 29, l. 27 §. 3 D. de min. 4. 4, l. 17 pr. l. 19 §. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 5 pr. D. quando ex facto tut. 26. 9, l. 60 D. de fidei. 46. 1.

[3a] Aus diesem Grunde wird auch der römische Ausdruck „Novation“ hier beibehalten. Es liegen nahe und sind versucht worden die deutschen Ausdrücke: „Schuldneuerung“, „Schuldänderung“, „Schuldverwandlung“. Es scheint mir aber bedenklich, der Ungenauigkeit der Auffassung, welche dem Ausdruck „novatio“ zu Grunde liegt, durch diese deutschen Ausdrücke eine neue Aus- und Einprägung zu geben.

[3b] Die Novation erscheint als Umwandlung, weil nach ihr eine Obligation vorhanden ist, wie vor ihr eine vorhanden war. Man kann sagen, sie sei in ihrem Resultate Umwandlung, aber dieses Resultat wird eben erreicht durch Aufhebung und Neuschaffung. — Neuere Schriftsteller haben es versucht, der Idee der Umwandlung, der „prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio“, dadurch gerechter zu werden, daß sie in verschiedenen

Das an die Stelle des bestehenden Forderungsrechtes gesetzte neue kann sich von dem alten unterscheiden durch den Inhalt der Leistung[4], durch die Person des Schuldners oder des Gläubigers[5],

---

Wendungen den Satz aufgestellt haben, die neue Obligation werde, obgleich eine neue, doch aus dem Stoff der alten gebildet (Liebe: aus dem Rechtsstoff der alten; Kuntze: aus dem Vermögensstoff der alten [vgl. §. 262 Note 1 und Windscheid die Actio 2c. S. 178. 179]; Römer: die bisher geschuldete Leistung werde als solche Gegenstand der neuen Obligation, ebenso Salkowski S. 37 fg. 79 fg., und auch die nicht sehr klaren Ideen Schauberg's S. 196 fg. haben wohl diesen Kernpunkt; dawider Witte VI S. 43 fg. IX S. 485 fg., s. auch Christiansen Instit. d. röm. R. S. 482. 483, Keller Pand. S. 533) — eine Auffassung, welche sich bei Liebe stellenweise dahin steigert, daß er geradezu Einheit der neuen und der alten Obligation annimmt. Ich halte auch diese Auffassung nicht für zutreffend. Die neue Obligation ist rein durch den Begründungswillen geschaffen; ihre Existenz beruht rein auf diesem Willen, nicht auf diesem Willen und der alten Obligation. Der Begründungswille schafft eine Obligation eben statt einer anderen, und, wenn man will, auf Grund einer anderen, aber deßwegen nicht aus einer anderen. — Uebrigens brauchen die Parteien, wenn sie wirklich nur Umwandlung wollen, nicht zur Novation zu greifen: sie können ihre Absicht auch direct erreichen Nach römischem Rechte freilich nur unvollkommen durch das constitutum debiti (§. 284 Note 11), während es für den Umwandlungsvertrag als solchen dem römischen Recht an einer Form gebrach. Aber nach heutigem Recht besteht dieses Hinderniß nicht mehr (vgl. §. 338 Note 3), — und wenn die Person des Gläubigers gewechselt werden soll, ist ein Vertrag (zwischen Gläubiger und Schuldner) gar nicht einmal nöthig, die bloße Forderungsübertragung (Cession) leistet Alles, was begehrt wird. So drängt sich die Frage auf: welches Interesse werden die Parteien haben, statt dieser ihnen offen stehenden Wege den Weg der Novation zu wählen? Man hat in der neueren Zeit der Novation mehrfach die praktische Geltung bestritten, aus einem Grunde, den ich nicht für stichhaltig halte (s. §. 354 Note 1); aber gegenüber der Leistung an Erfüllungsstatt auf der einen Seite (Note 2), und dem constitutum debiti, der Cession, und dem Umwandlungsvertrag auf der anderen Seite, wird sie es schwer haben, sich ihre Existenz zu wahren.

[4] L. 28 D. h. t., l. 8 C. h. t. (*vv.* quantitatem augendam vel minuendam), l. 58 D. de V. O. 45. 1. Aelteres Recht in l. 56 §. 7 D. de V. O. 45. 1, l. 4 D. h. t. A. M. v. Salpius S. 159 fg., Salkowski S. 80 fg.; dawider Witte VIII S. 335 fg. IX S. 492 fg., Schauberg S. 188—200.

[5] §. 3 I. quib. mod. toll. 3. 29, l. 8 §. 5 l. 20 D. h. t. — v. Salpius (§. 66) behauptet, daß die Novation mit Veränderung des Gläubigers im Justinianischen Recht verschwunden, näher: bereits im Justinianischen Recht (vgl. Note 3[b]) durch die Cession absorbirt worden sei, in dem Sinne jedoch, daß er auch bei der Cession nicht Aufrechterhaltung der Identität der alten

durch Nebenbestimmungen[6], möglicherweise auch durch Nichts[6a], als eben dadurch, daß es ein neu begründetes, und daher, obwohl dem früheren Forderungsrecht vollkommen gleich, doch mit demselben nicht identisch ist[7]. Tritt durch Novation ein neuer Schuldner ein, so nennt man das heutzutage, wenn der Eintritt aus eigenem Antrieb, nicht auf Weisung des bisherigen Schuldners geschieht, Expromission[8]. Das Eintreten eines neuen Schuldners in Folge einer Ueberweisung durch den bisherigen Schuldner, so wie das Eintreten eines neuen Gläubigers in Folge einer Ueberweisung des Schuldners durch den bisherigen Gläubiger, fällt unter den Begriff der Delegation (Ueberweisung)[9].

Obligation annimmt (§. 329 Note 10 gegen Ende). Die Quellenstellen, welche von Novation mit Wechsel des Gläubigers handeln, glaubt er als Antiquitäten bei Seite schieben zu können. S. dawider auch Witte VIII S. 371 fg., Salkowski S. 252 fg.

[6] §. 3 I. cit., l. 8 C. cit., l. 5 l. 8 §. 1 D h. t.

[6a] Wenn es in §. 3 I. cit. heißt: „Sed si eadem persona sit, a qua stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit", so ist das lediglich gesagt mit Rücksicht auf die Frage, ob Novationsabsicht anzunehmen sei (§. 354 Note 13).

[7] Bei den Römern war diese Anwendung der Novation besonders wichtig zu dem Ende, um für die Acceptilation die nöthige Unterlage zu gewinnen, §. 1 I. quib. mod. toll. 3. 29 (§. 357 Note 9). Heutzutage etwa: es wird für eine vorhandene Geldschuld ein Wechsel ausgestellt (wenn das überhaupt Novation ist, s. Note 2 a. E.), vgl. §. 354 Note 15 a. E.

[8] Die Römer gebrauchen die Ausdrücke expromittere, expromissor zur Bezeichnung einer jeden Novation; sie wenden dieselben auch an: a) wenn der neu eintretende Schuldner auf Weisung des alten Schuldners eintritt (z. B. l. 22 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 53 D. de contr. emt. 18. 1, l. 4 §. 3 D. de re iud. 42. 1); b) auch wenn kein neuer Schuldner eintritt, sondern nur der Gläubiger geändert wird (z. B. l. 36 D. de I. D. 23. 3, l. 31 §. 3 D. de m. c. don. 39. 6); c) selbst dann, wenn weder Schuldner noch Gläubiger geändert wird (z. B. l. 20 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 19 §. 4 D. de don. 39. 5. Ja noch mehr, die genannten Ausdrücke haben nicht einmal eine nothwendige Beziehung auf Novation überhaupt (s. z. B. l. 8 §. 8 D. ad SC. Vell. 16. 1).

[9] Vgl. 412 Note 2. Die Quellen gebrauchen die Ausdrücke delegatio, delegare in voller Allgemeinheit für jede Verschaffung eines Schuldners durch Ueberweisung, mag der Zweck der Ueberweisung Tilgung einer bestehenden Schuld sein oder irgend ein anderer, wie z. B. Schenkung, Mitgiftbestellung 2c., und mag der Ueberwiesene Schuldner des Ueberweisenden sein, oder nicht. Vgl. z. B. l. 11 pr. D. h. t., l. 18 §. 1 D. de m. c. don. 39. 6, l. 41 pr.

Durch die Novation wird das Forderungsrecht direct aufgehoben[10].

b. Voraussetzungen.

§. 354.

Die Voraussetzungen der Novation sind im Allgemeinen bereits angegeben worden: Begründung eines Forderungsrechtes in der Absicht, dadurch ein anderes bestehendes zu ersetzen.

D. de re iud. 42. 1, l. 4 §. 21 D. de doli exc. 44. 4, l. 11 C. de don. 8. 54. Sie nennen ferner delegatio nicht bloß die Ueberweisung zum Sichverpflichten, sondern auch die Ueberweisung zum Zahlen, z. B. l. 7 C. h. t. Sodann: delegatio wird genannt sowohl die Ueberweisung als solche (z. B. l. 17 D. h. t.), als die in Folge derselben eingetretene Novation (z. B. l. 11 §. 1 D. l. 3 C. h. t.). Am Besten handeln von der Delegation Thöl Handelsrecht I §. 128—132 (dieser jedoch mit Beschränkung der Delegation auf die Ueberweisung zum Sichverpflichten), und v. Salpius a. a. O. S. 1—130 (s. auch v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen §. 15. 16, Salkowski S. 105 fg.). Namentlich v. Salpius betont mit Energie und gewiß mit Recht, daß Delegation an und für sich mit der Novation nichts gemein habe. Auch wo zum Sichverpflichten, und zum Zweck der Tilgung einer Schuld, oder auf Schuld, delegirt wird, ist eine Novation nicht erforderlich, um den Liberationseffect herbeizuführen. Derselbe kann schon erreicht werden nach dem Gesichtspunkt der datio in solutum (Note 2). Aber bei der Behandlung der von der Delegation redenden Quellenstellen geht v. Salpius in der Annahme des Ausschlusses des Novationsgesichtspunktes gewiß zu weit. Vgl. l. 4 l. 21 l. 27 l. 31 §. 1 D. l. 2. 3 C. h. t. S. auch Witte VIII S. 345 fg., Salkowski S. 109.

[10] Die Quellen sprechen von Aufhebung der Obligation schlechthin; nirgends wird gesagt, daß dieselbe nur ope exceptionis eintrete. Vgl. auch l. 56 §. 7 D. de V. O. 45. 1, l. 5 D. h. t., l. 30 §. 1 D. de pact. 2. 14 in Verbindung mit §. 3 I. quib. mod. toll. 3. 29. Salkowski S. 268. — Folgen der Aufhebung: Wegfall des Concursprivilegiums, l. 29 D. h. t. (über l. 17 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5 s. Salkowski S. 281); Aufhören des Verzuges, s. §. 281 Note 7; Aufhören des Zinsenlaufs, l. 18. 27 D. h. t.; Wegfall der Conventionalstrafe, l. 15 D. h. t.; Befreiung der Pfänder, l. 18 D. h. t. (über l. 13 §. 1 D. ad SC. Vell. 16. 1 s. I §. 249 Note 6, vgl. auch I §. 233[b] Nr. 1); Befreiung der Bürgen, l. 4 C. de fidei. 8. 41 (über l. 60 D. eod. 46. 1 s. Salkowski S. 314 fg. und die das. Citirten). Novation einer von zwei alternativ bestimmten Obligationen, s. l. 8 §. 4 l. 26 l. 32 D. h. t., und dazu Salkowski S. 344 fg. Novation einer von mehreren Correalobligationen: s. §. 295 Note 5. Vgl. überhaupt Salkowski S. 280—381.

1. Begründung eines Forderungsrechtes. Dieselbe erfolgt durch Vertrag; einer Form bedarf dieser Vertrag nach heutigem Rechte so wenig, wie irgend ein anderer Vertrag[1]. Abgeschlossen wird derselbe entweder von dem novirenden Gläubiger selbst, mit dem alten oder mit einem neuen Schuldner, oder von einem Dritten, der sich auf Geheiß des novirenden Gläubigers zum Gläubiger des alten Schuldners macht[2]. Daß das durch den Novations-

§. 354. [1] Nach römischem Recht war Stipulation erforderlich (l. 1 §. 1 D. h. t.: „novari *verbis*"). Da wir nun heutzutage keine Stipulation mehr haben, so hat man gefragt, ob damit nicht die ganze Novation weggefallen sei. Man hat diese Frage aufgeworfen auf Grund der Auffassung, daß der heutige formlose Vertrag der römischen Stipulation nicht entspreche, weil die letztere s. g. Formalcontract gewesen sei, was jener nicht sei; d. h. weil die Stipulation zu ihrer Gültigkeit keiner materiellen causa bedurft habe, während der formlose Vertrag eine solche nicht entbehren könne (§. 318 Nr. 2, §. 319). Auf Grund dieser Auffassung leugnet namentlich Gneist a. a. O. S. 229 die Geltung der Novation für das heutige Recht unbedingt; ebenso Förster Preuß. Privatrecht I S. 593 fg., s. auch die das. Anm. 1 Citirten. Andere, wie Keller Pand. S. 537. 538, Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 384, beschränken die Geltung der Novation auf diejenigen Verträge, welche sie auch für das heutige Recht als Formalcontracte anerkennen, wie z. B. den Wechselvertrag. Umgekehrt schließt Bähr a. a. O. aus der unbedingten Geltung, in welcher die Novation als praktisches Institut stehe, daß auch der heutige formlose Vertrag die Fähigkeit habe, Formalcontract zu sein. Für dieses Letztere habe auch ich mich oben (§. 318 Nr. 2) ausgesprochen. Was aber den Novationsvertrag angeht, so ist in erster Linie festzuhalten, daß derselbe nicht nothwendig reiner Vertrag (Formalcontract) ist; es hindert nichts, die Aufhebung der bestehenden Obligation als Bestimmungsgrund in denselben aufzunehmen, und ihn dadurch zu einem materiell individualisirten Vertrag zu machen. Vgl. die folgende Note. Noch weiter geht — gewiß mit Unrecht — v. Salpius §. 77, indem er in dem Novationsvertrag schon dann einen materiellen Vertrag sieht, wenn derselbe nur den Inhalt der neu zu begründenden Obligation aus dem Inhalt der bestehenden bestimmt, und daraus, indem er nämlich annimmt, daß es bereits im Justinianischen Recht nur einen Novationsvertrag dieser letzteren Art gebe (§. 355 Note 1a), die Geltung der Novation für das heutige Recht deducirt. S. auch Witte VI S. 42 fg. VIII S. 339 fg.

[2] L. 20 pr. D. h. t. „Novare possumus aut ipsi . ., aut per alios qui voluntate nostra stipulantur". Vgl. l. 8 §. 5 i. f. D. l. 4 C. h. t. — Welches ist der Bestimmungsgrund (die causa) des novirenden Vertrages? Man wird auf diese Frage keine einfache Antwort dürfen geben wollen. Für den alten Gläubiger und den alten Schuldner ist der Bestimmungsgrund kein anderer, als Ersatz ihrer Forderung bez. Schuld durch eine andere. Dagegen werden der neu eintretende Gläubiger und der neu eintretende Schuldner

vertrag begründete Forderungsrecht auch ein klagbares sei, ist an und für sich nicht erforderlich[3]; jedoch kann von den im heutigen gemeinen Recht anerkannten Fällen der klaglosen Forderungsrechte hier nur der in Betracht kommen, wo ein Geschlechtsun-

---

zu dem Vertragsabschluß durch ihr Verhältniß zum alten Gläubiger bez. alten Schuldner bestimmt, und danach kann ihr Bestimmungsgrund von der verschiedensten Art sein. Von der andern Seite ist es aber auch möglich, daß der mit ihnen contrahirende (alte) Schuldner bez. (alte) Gläubiger im Contrahiren seinen Bestimmungsgrund, Aufhebung der bestehenden Obligation, darlegt, und sie darauf hin ihn zum Schuldner bez. Gläubiger annehmen. Dann acceptiren sie seinen Bestimmungsgrund, und so ist auch für sie der Bestimmungsgrund zum Vertrag die Aufhebung der bestehenden Obligation, und der aus ihrem Verhältniß zum alten Gläubiger bez. Schuldner entnommene Grund wird zum Grund des Grundes. Daß der Novationsvertrag seine causa in der Novationsabsicht habe, lehren ohne Beschränkung Kuntze S. 253. 254, Sintenis S. 448 in der Note, Bruns Zeitschr. f. RGesch. I S. 116, Römer §. 27, — mit Beschränkung (jedoch anders, als hier) Schlesinger S. 118 fg., Kniep S. 127 fg. Nach v. Salpius §. 77 ist der Bestimmungsgrund des Novationsvertrages, wenn kein Wechsel der Personen stattfindet, die Absicht, dem Gläubiger ein neues Obligationsfundament zu verschaffen („Agnition"), obgleich v. Salpius doch selbst lehrt, daß diese Absicht auch durch accessorischen Vertrag realisirt werden könne. — Jedenfalls geht aus dem Gesagten hervor, daß, sobald der Novationsvertrag aufhört, reiner Vertrag zu sein, d. h. seinen Bestimmungsgrund mit in sich hineinnimmt, dieser Bestimmungsgrund kein anderer sein kann, als die Aufhebung der bestehenden Obligation. Es ist daher schwer zu begreifen, wie man die Frage hat aufwerfen können, ob nicht durch Novation eine Obligation auch in eine andere materiell charakterisirte verwandelt werden könne, z. B. eine Kaufobligation in eine Darlehnsobligation. Wenn ein Gläubiger mit seinem Schuldner ausmacht, daß derselbe, was er ihm aus irgend einem andern Grunde schuldig ist, als Darlehn behalten solle, so liegt hier im Sinne der Parteien: 1) entweder ein wirkliches Darlehn vor, mit vorausgehender wirklicher Erfüllung, wobei nur das Hin- und Herzahlen erspart wird (l. 15 D. de R. C. 12. 1, — l. 6 C. si cert. 4. 2 hält entweder einen früheren Entwicklungsstandpunkt fest [vgl. §. 370 Note 11], oder ist von einem Fall zu verstehen, wo die Parteien ein wirkliches Darlehn nicht gemeint haben); oder 2) der Schuldner bekennt sich zum Darlehnsschuldner lediglich in dem Sinne, um sich zum Schuldner überhaupt zu machen; er verspricht, obgleich er ein Darlehn nicht empfangen hat, sich behandeln zu lassen, als habe er ein Darlehn empfangen (vgl. §. 364 Note 3). Dann kommt eine Novation zu Stande; aber der Schuldner ist eben nicht Darlehnsschuldner. Vgl. hierzu Sintenis S. 460, Bähr Jahrb. f. Dogm. II S. 425 fg. und Anerkennung §. 62[a], Römer a. a. O. S. 6 fg., v. Salpius S. 331 fg., Salkowski S. 54 fg., H. Witte VI

reifer ohne Beitritt des Vormundes sich verbindlich macht[4]. Selbst das hindert die Novationswirkung nicht, daß das durch den Vertrag begründete Forderungsrecht anfechtbar ist[5]. Jedoch hat in beiden Fällen, sowohl im Falle der Klaglosigkeit als der Anfechtbarkeit des neuen Forderungsrechtes, der alte Gläubiger, welcher die Mängel des neuen Forderungsrechtes nicht gekannt hat, jedenfalls einen Anspruch gegen den befreiten Schuldner auf Rückgabe des verlorenen Forderungsrechtes[6]; es kann auch sein, daß ihm das verlorene Forderungsrecht ohne Weiteres zurückge-

---

S. 45; Seuff. Arch. I. 335, IV. 149, V. 127, XIII. 17, XVII. 236, auch XIV. 92. Sintenis a. a. O. behandelt den Fall, wo durch Auflösung einer bestehenden Obligation eine andere materiell charakterisirte begründet wird, und die Novation, als zwei verschiedene Zweige eines und desselben Institutes (jene unter dem Namen „Schuldverwandlung", diese unter dem Namen „Schuldneuerung").

[3] L. 1 §. 1 D. h. t.: — „dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter". — v. Salpius S. 147 fg. behauptet, im älteren Recht sei Begründung eines Forderungsrechtes überhaupt nicht Voraussetzung der Novation gewesen; die Stipulation als solche, wenn nur formell gültig, habe novirt. S. dagegen Witte VIII S. 323 fg., Salkowski S. 421—422. Anm.

[4] L. 1 §. 1 cit. fährt fort: — „ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit". — Gai. III. 176 stellt diesem Fall gleich den Fall des Versprechens einer Frau ohne tutoris auctoritas, aber auch den Fall des Versprechens post mortem (§. 316 Note 8). Dagegen spricht er auffallender Weise dem Versprechen eines Sclaven die novirende Kraft ab (vgl. übrigens auch Gai. III. 179); ebenso §. 3 I. quib. mod. toll. 3. 29, l. 30 §. 1 D. de pact. 2. 14. Theophilus zu der genannten Institutionenstelle erklärt dieß daraus, daß zur Novation nicht bloß eine naturalis obligatio erforderlich sei, sondern auch eine Person: „ἀπρόσωπος δὲ παρὰ τοῖς νόμοις ὁ δοῦλος". Vgl. außerdem Schwanert Naturaloblig. S. 293 fg., Bähr S. 44 (47) Note 10, Girtanner S. 239 fg., Römer S. 105, v. Salpius S. 147—151, Salkowski S. 426 fg.

[5] S. die Stellen der Note 7; ferner l. 91 i. f. D. de sol. 46. 3. (Die doli mali praescriptio dieser Stelle steht der neuen Obligation entgegen, nicht der alten. Vgl. v. Salpius S. 150.)

[6] Vielleicht auch, nach Lage der Umstände, auf Verschaffen eines besseren Forderungsrechtes. Aber jedenfalls kann er geltend machen, daß die Voraussetzung ermangelt sei, unter welcher er sein Forderungsrecht hingegeben habe. Vgl. l. 8 §. 8 D. ad SC. Vell. 16 1 (welche Stelle übrigens nicht von einem Novationsfall handelt): — „potest ei condici, quasi non dedisset (sc. expromissorem); quid enim interest, non det, an talem det?"

geben wird[7]. Daß das neue Forderungsrecht ein befristetes ist, hemmt die Novationswirkung nicht[8], wohl eine demselben hinzugefügte Bedingung[9]; jedoch bewirkt auch ein bedingtes Forderungsrecht, daß die alte Forderung einstweilen nicht geltend gemacht werden kann[10]. — Ist die Absicht der Parteien darauf gerichtet,

---

[7] So wenn eine durch den Vellejanischen Senatsschluß geschützte Frau als neue Schuldnerin eintritt. S. (u. a.) l. 8 §. 11 l. 14 l. 32 §. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 16 C. eod. 4. 29. Ferner erstreckt sich die dem neu eintretenden Schuldner ertheilte Wiedereinsetzung i. d. v. St. auch auf die Wiederherstellung des verlorenen Forderungsrechtes, l. 50 D. de min. 4. 4. Vgl. I §. 120 Note 17.

[8] L. 8 §. 1 D. h. t.: — „qui in diem stipulatur, statim novat, . . . cum certum sit, diem quandoque venturum" (vgl. I §. 96 Note 4). L. 5 eod.: — „constat, et stipulatione in diem facta novationem contingere, sed non statim ex ea stipulatione agi posse, antequam dies venerit".

[9] L. 8 §. 1 cit. fährt fort: „at qui sub condicione stipulatur, non statim novat, nisi condicio exstiterit". L. 14 pr. l. 24 eod. — S. über die bedingte Novation die oben bei * citirten Schriften von Kniep und Römer; ferner Salkowski S. 437 fg.

[10] Bis die Bedingung des Novationsvertrages ausgefallen ist. Was der bedingte Novationsvertrag schafft, ist nicht hinreichend, um die bestehende Obligation aufzuheben, aber es ist hinreichend, um sie in ihrer Wirksamkeit zu hemmen (I §. 89). Wenigstens ist dieß das Resultat, zu welchem das römische Recht gelangt ist; in der Entwickelung desselben sind aber beide extreme Meinungen vertreten, sowohl die, daß die bedingte Novation die bestehende Obligation sofort aufhebe, als die andere, daß sie gar nicht wirke. Vgl. Gai. III. 179, l. 36 D. de R. C. 12. 1, l. 80. 83 D. de I. D. 23. 3, l. 60 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6. — Der Satz, daß die bedingte Novation die alte Obligation in ihrer Wirksamkeit hemme, wird vielfach so ausgedrückt: die bedingte Novation mache die alte Obligation selbst zu einer bedingten, drücke ihr als Bedingung das Gegentheil ihrer eigenen Bedingung auf. Gegen diese Formulirung hat sich Römer a. a. O. S. 85 fg. erklärt; für dieselbe wieder Salkowski S. 441 fg. Gegen die bezeichnete Formulirung spricht, daß, wenn die alte Obligation zu einer bedingten gemacht würde, sie aufgehoben wäre, während doch die Novationsobligation selbst noch nicht existirt. Wenn hierauf Salkowski entgegnet: die alte Obligation sei jedenfalls bedingt aufgehoben, eine bedingt aufgehobene Obligation aber sei eine bedingt existirende, und überhaupt die Resolutivbedingung von der umgekehrten Suspensivbedingung nicht zu unterscheiden, so bedarf dieses, gelinde ausgedrückt, näherer Begründung. Andererseits spricht für die bezeichnete Formulirung, weniger zwar der Wortlaut der eben angeführten Stellen, in welchen immerhin eine leicht erklärliche Ungenauigkeit des Ausdrucks angenommen werden kann, als die Analogie der l. 10 pr. D. de ad. leg. 34. 4 (vgl. l. 7 pr. eod., l. 107 D. de cond. 35.

daß durch den neu abzuschließenden Vertrag das bestehende Forderungsrecht unter allen Umständen aufgehoben werden solle, so liegt für den Fall, wo derselbe ein Forderungsrecht nicht erzeugt, ein Erlaßvertrag vor[11].

2. Absicht des Gläubigers, daß durch das neu zu begründende Forderungsrecht ein bestehendes aufgehoben werden solle[12]. Diese Absicht wird nicht vermuthet; sie muß von demjenigen, welcher sich auf dieselbe beruft, nachgewiesen werden[13]. Dagegen

---

1, l. 6 pr. D. quando dies 36. 2), obgleich doch auch, was dieses letztere Argument angeht, die Einheit des Testamentes in Betracht kommt. — Im Besonderen über den Einfluß der bedingten Novation auf den Verzug in der alten Schuld s. §. 281 Note 7. — Ueber Novation unter einer auflösenden Bedingung s. Römer a. a. O. §. 26.

[11] Vgl. l. 30 §. 1. 2 D. de pact. 2. 14, Gai. III. 179. Römer §. 11 und S. 104 fg., v. Salpius S. 157—159.

[12] Die Quellen sprechen von animus novandi. — v. Salpius S. 131 fg. hat auszuführen gesucht, daß im älteren Recht (bis zur Zeit des Papinian) eine Stipulation, welche den materiellen Gehalt einer bestehenden Obligation in sich aufgenommen habe, die Obligation novirt habe ohne allen *animus novandi*. v. Salpius hat sich durch die Analogie der processualischen Consumtion täuschen lassen. Wie das iudicium, welches den materiellen Gehalt der Obligation in sich aufnimmt, dieselbe consumirt, so, schließt er, auch die Stipulation, welche das Gleiche thut. Aber für die Consumtionswirkung des iudicium läßt sich ein sehr triftiger Grund anführen, für die Consumtionswirkung der Stipulation absolut keiner. Wie sich der Verf. an den gegen ihn sprechenden Quellenzeugnissen vorbeizuwinden sucht, muß man bei ihm selbst nachlesen. S. jetzt auch Witte VIII S. 322 fg., Salkowski S. 154 fg. — Die Polemik des letzteren Schriftstellers gegen v. Salpius bezieht sich übrigens nur auf Detailpunkte; seine Grundauffassung ist die gleiche. Auch er nimmt nämlich an (S. 224 fg.), daß im älteren Rechte gewisse Stipulationsformen (Stipulationen mit formeller Bezeichnung der versprochenen Leistung als einer verschuldeten) eine Novation herbeigeführt hätten, ohne einen den Stipulationsact begleitenden animus liberandi (Salkowski setzt freilich hinzu, in diesen Stipulationsformen habe der animus novandi „seinen untrüglichen Ausdruck" gefunden [S. 225]), und daß das Erforderniß des animus novandi erst später von anderen Stipulationsformen, denen man jene formale Consumtionskraft nicht zugeschrieben habe, auf jene ersteren übertragen worden sei. S. dagegen Witte IX S. 487. 495 fg.

[13] Die klassischen römischen Juristen knüpften an eine Reihe von Fällen eine Rechtsvermuthung zu Gunsten der Novationsabsicht an. Diese Vermuthungen hat Justinian in l. 8 C. h. t. aufgehoben. Vgl. Gai. III. 177. 178, §. 3 I. quib. mod. toll. 3. 29.

bedarf ihre Erklärung keiner bestimmten Form[14]; und auch das ist nicht nöthig, daß sie ausdrücklich erklärt werde[15]. Die sonstigen Erfordernisse der Gültigkeit der Novationserklärung bestimmen sich nach den gewöhnlichen Regeln. Namentlich ist für dieselbe

---

[14] Etwa des Gebrauchs des Wortes „Novation". Vgl. l. 17 D. h. t. „Delegare scriptura vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest".

[15] Dieß ist ein sehr streitiger Punkt, und einer von den vielen leidigen Punkten in unserer Disciplin, über die voraussichtlich nie eine Einigung der Meinungen wird erzielt werden. Es handelt sich um die Auslegung der l. 8 C. h. t. Die im Text vertretene Ansicht beruht auf folgenden Erwägungen. a) Ausgesprochenermaßen war es Justinian's Absicht, durch die gedachte Verfügung die von den alten Juristen zu Gunsten der Novation aufgestellten Rechtsvermuthungen zu beseitigen. Zur Erreichung dieser Absicht war es nicht erforderlich, hinzuzufügen, daß eine Novation auch bei stillschweigender Willenserklärung nicht solle angenommen werden dürfen. b) Hiermit stimmen vollkommen überein die Worte, in welchen Justinian die eigentliche Meinung seines Gesetzes zusammenfaßt. „Et generaliter definimus, *voluntate* solum esse, non lege novandum". Es sei nicht nothwendig, sich gegen die Annahme einer Novationsabsicht ausdrücklich zu verwahren; nicht die Novationsabsicht verstehe sich von selbst, sondern das Gegentheil („hoc enim naturalibus (l. naturaliter) inesse rebus volumus, non verbis extrinsecus supervenire". c) Dagegen paßt dazu schlecht der mittlere Theil der Stelle: es sei keine Novation anzunehmen, „nisi ipsi specialiter remiserint quidem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint". Diese Worte von der Willenserklärung überhaupt gegenüber der Rechtsvorschrift, und nicht von der ausdrücklichen Willenserklärung zu verstehen, ist, wie nicht geleugnet werden kann, gezwungen. Jedoch ist es andererseits auch nicht unmöglich (vgl. l. 77 §. 3 D. de cond. 35. 1 („quocunque *indicio* voluntatis cautio remitti potest"). d) Bei diesem Widerstreit der Erwägungen muß, wie ich glaube, den Ausschlag geben, daß in den Pandekten noch überall das alte Recht vorgetragen wird: die Novation trete ein, wenn sie beabsichtigt sei („si hoc actum est", — vgl. l. 6 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1: „in emtis et venditis potius id quod actum est, quam id quod dictum sit, sequendum est"). L. 2 l. 6 pr. l. 8 §. 1. 2. 3. 5 l. 26 D. h. t., l. 29 l. 31 §. 1 D. h. t. (In den beiden letzten Stellen wird ein *specialiter* id actum esse verlangt; specialiter: besonders, gerade das. Vgl. l. 10 pr. D. de neg. gest. 3. 5. Liegt hier, wie häufig angenommen wird, eine Interpolation aus l. 8 C. h. t. vor, so ist damit ein directer Beweis für die hier vertretene Auslegung dieser Stelle erbracht: warum hat man sonst nicht sogleich interpolirt: specialiter *expressum?*) Ganz die gleiche Auffassung, wie in den Pandekten, findet sich in den Institutionen §. 3 I. quib. mod. toll. 3. 29 und bei Theophilus zu dieser Stelle. — Vgl. für die hier vertretene Ansicht namentlich v. Löhr in Magazin f. RW. und Gesetzgeb. IV S. 27—34 (1820) und Fein

Handlungsfähigkeit des Gläubigers erforderlich[16]; wie sie andererseits auch von einem Nichtgläubiger, wenn dieser zur Vertretung des Gläubigers befugt ist[17], oder der Gläubiger seine Genehmigung ertheilt[18], mit Gültigkeit abgegeben werden kann[19]. — Einwilligung des durch die Novation befreiten Schuldners ist nicht erforderlich[20].

---

a. a. O. S. 28—34; für die entgegengesetzte Ansicht Hepp Arch. f. civ. Pr. XV. 11 (1832), Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IX. 5 (1836) und Lehrb. II S. 455 Anm. 25, und besonders Grotefend Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 10 (1855), auch Salkowski S. 259 fg. Weitere Literaturangaben bei Fein (a. a. O.), Vangerow III §. 619, Holzschuher III §. 248 Nr. 1. v. Salpius (S. 261 fg.), welcher ebenfalls keine ausdrückliche Erklärung der Novationsabsicht für nöthig hält, bezieht die Justinianische Verordnung auf die Aufhebung der novirenden Kraft der alten ohne animus novandi wirkenden Stipulationsformeln (Note 12). Die neuere Praxis schwankt, wie die Doctrin. Für die hier vertretene Ansicht: Seuff. Arch. VI. 175. 262, XX. 123; dawider das. IV. 106 (S. 182), VII. 167; vermittelnd das. XIII. 17. S. noch VIII. 159, XII. 144. — Ueber die specielle Frage, ob oder wann anzunehmen sei, daß in der Ausstellung, Indossirung oder Acceptation eines Wechsels eine Novation liege, s. namentlich Kuntze Wechselr. S. 72—84 und die daselbst Citirten, ferner die §. 353* citirte Schrift von Schauberg, die in ihrem größeren Theil gerade diese Frage behandelt. Seuff. Arch. II. 88. 89, VIII. 288, IX. 63, XI. 275, XVI. 207. — Kann auch in der Abrechnung möglicherweise eine Novation liegen? Bejahend Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 173 fg. Ich glaube, daß, wenn die Abrechnung den Sinn hat, daß die berechneten Forderungen getilgt sein sollen, nur ein Compensationsvertrag (§. 351 Nr. 2), angenommen werden darf. (Was hiergegen Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 218 Note 43 bemerkt, ist mir nicht entgangen.)

[16] L. 20 §. 1 D. h. t. „Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare . .“. L. 3 l. 9 pr. eod., l. 15 D. de sol. 46. 3.

[17] L. 20 §. 2 cit. (Note 16) fährt fort: — „tutor potest, si hoc pupillo expediat, item procurator omnium bonorum“. L. 34 §. 1 D. h. t.

[18] Vorher oder nachher. L. 22 D. h. t. In der Anweisung an den Schuldner, oder der dem Schuldner eingeräumten Befugniß, an einen Dritten zu leisten, liegt die Verleihung der Novationsbefugniß an diesen Dritten nicht. L. 21 l. 10 D. h. t.

[19] Die Regel der l. 10 D. h. t. „Cui recte solvitur, is etiam novare potest“ ist auch abgesehen von der in der Stelle selbst für den solutionis causa adiectus gemachten Ausnahme nicht durchgreifend; s. l. 21. 25 D. h. t., l. 16 l. 34 pr. eod., l. 4 C. eod., l. 27 pr. D. de pact. 2. 14.

[20] L. 8 §. 5 i. f. D. h. t., l. 91 D. de sol. 46. 3.

c. Die begründende Seite der Novation.

§. 355.

Faßt man die begründende Seite der Novation in's Auge, so entsteht die Frage, ob der Novationsvertrag in gleicher Weise, wie er ein Forderungsrecht nur dann aufhebt, wenn er ein neues begründet, so auch ein neues nur dann begründet, wenn er ein bestehendes aufhebt. Diese Frage ist unbedingt für den Fall zu bejahen, wo der Novationsvertrag die Novationsabsicht als bestimmend für seinen Inhalt in sich aufgenommen, und sich dadurch zu einem individuell characterisirten Vertrag erhoben hat[1]. Thut der Novationsvertrag dieß nicht, so ist weiter zu unterscheiden[1a].

1. Der Novationsvertrag enthält, wenn auch nicht die Erklärung der Absicht, ein bestehendes Forderungsrecht aufzuheben, doch die Beziehung auf ein bestehendes Forderungsrecht[2], — entweder in der Weise, daß er den Inhalt der Leistung des neu zu begründenden Forderungsrechtes geradezu bestimmt durch Verweisung auf den Inhalt der Leistung, welche den Gegenstand eines bestehenden bildet[2a]; oder in der Weise, daß er die

---

[1] Insoweit Jemand nach heutigem Recht es für nöthig hält, daß der Novationsvertrag dieß thue, ist für ihn mit dem aufgestellten Satz die aufgeworfene Frage erledigt. Vgl. Schlesinger a. a. O. namentlich S. 119, Sintenis S. 451. §. 355.

[1a] Die erste der im Folgenden bezeichneten Möglichkeiten beachtet nicht Bähr Anerkennung S. 44—46 (47—49), die zweite nicht Girtanner Stipul. S. 233—239. Geleugnet wird die zweite: ganz von Salkowski S. 95 fg., für das heutige und Justinianische Recht von v. Salpius (s. namentlich §. 53. 69. 77. 78, vgl. auch S. 466. 467). S. dagegen Witte VIII S. 337 fg. IX S. 495 fg. Schauberg S. 198 findet es unbegreiflich, wie man die zweite Möglichkeit behaupten könne, und lehrt in demselben Athem, daß die Bezugnahme des Novationsvertrages auf das aufzuhebende Forderungsrecht keine ausdrückliche zu sein brauche. — Vgl. im Uebrigen Römer S. 25—40, v. Salpius S. 274 fg., Salkowski S. 382 fg.

[2] Indem er im Uebrigen unbestimmt läßt, ob er eine Aufhebung, oder eine Bestärkung desselben beabsichtigt. Vgl. zum Folgenden: Liebe S. 282 fg., Gneist S. 150 fg., v. Salpius S. 163 fg., Salkowski S. 96 fg.

[2a] Vgl. z. B. l. 26. 27. 32. 34 §. 2 D. h. t., l. 75 §. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 72 §. 3 D. de sol. 46. 3, l. 18 §. 1 D. de accept. 46. 4.

Leistung, welche jetzt versprochen wird, als eine aus einem bestehenden Forderungsrecht verschuldete bezeichnet[2b]. In diesen beiden Fällen erzeugt der Novationsvertrag ein Forderungsrecht nur insoweit, als er ein bestehendes vorfindet[3]. Findet er ein bestehendes Forderungsrecht vor, ermangelt aber der aufhebenden Kraft[4], so erzeugt er zwar ein Forderungsrecht, aber dasselbe kann angegriffen werden nach dem Recht der Voraussetzung (I §. 97 fg.)[5].

2. Nimmt der Novationsvertrag auch in der hier bezeichneten Weise auf das aufzuhebende Forderungsrecht keine Rücksicht, so erzeugt er ein Forderungsrecht unter allen Umständen, und der Mangel der aufhebenden Wirkung kann gegen ihn nur nach dem Recht der Voraussetzung geltend gemacht werden[6]. Dabei erheben

---

[2b] L. 8 §. 4 D. h. t.

[3] In diesem Sinne wird es in l. 1 §. 1 D. h. t. für gleichgültig erklärt, „qualis processit obligatio", also nicht für gleichgültig, ob überhaupt eine vorhergegangen ist. Wenn sodann in l. 8 §. 1 und l. 14 §. 1 D. h. t. gelehrt wird, daß die Novation einer bedingten Obligation erst mit Eintritt der Bedingung Novationswirkung habe, so ist es zwar nicht vollkommen sicher, daß damit dem Novationsvertrag auch die begründende Kraft bis zu jener Zeit abgesprochen sein solle; daß er sie aber in der That vor Eintritt der Bedingung nicht hat, ist nach l. 21 D. de accept. 46. 4 nicht zu bezweifeln. Vgl. Römer S. 33—36, Salkowski S. 408—415. Ferner gehört hierher l. 32 D. sol. matr. 24. 3. Vgl. übrigens auch Salkowski S. 362 fg. — Für den zweiten der zuvor bezeichneten Fälle ist es nicht unbestritten, daß in demselben der Inhalt der aufzuhebenden Obligation maßgebend sei für den Inhalt der neu zu begründenden. S. Römer S. 37—38, und vgl. auch Witte IX S. 498—499. — Geht in dem zweiten der bezeichneten Fälle das Novationsversprechen von dem alten Schuldner aus, so befreit die darin liegende Anerkennung den Gläubiger vom Beweise; doch ist auch dieß nicht unbestritten. Vgl. v. Salpius S. 283, Salkowski S. 387; gegen dieselben Witte VIII S. 199 fg. IX S. 498 fg.

[4] Z. B. wegen Handlungsunfähigkeit des novirenden Gläubigers. Vgl. l. 9 pr. l. 16 D. h. t., welche Stellen übrigens den hier behandelten Fall nicht voraussetzen.

[5] Die in der vorigen Note genannten Stellen nehmen offenbar an, daß der Novationsschuldner in Kenntniß der die aufhebende Kraft des Novationsvertrages ausschließenden Ursache versprochen habe.

[6] Durch Rückforderung (condictio) und Einrede (exceptio doli oder in factum). L. 20 D. de SC. Mac. 14. 6; auch l. 14 D. de exc. 44. 1 und l. 25 D. de A. E. V. 19. 1 sind wohl von einer Novationsstipulation zu ver-

sich specielle Fragen. a) Kann, wenn ein neuer Gläubiger eintritt, der Schuldner auch diesem gegenüber die Voraussetzung seines Versprechens (Aufhebung der alten Schuld) geltend machen?[7] Gewiß, wenn bei seinem Versprechen in einer dem Gläubiger erkennbaren Weise hervorgetreten ist, daß er nur unter dieser Voraussetzung verspreche; wenn dieß nicht der Fall ist, nach allgemeinen Grundsätzen nicht[8], und nur nach der positiven Bestimmung des römischen Rechtes ausnahmsweise dann, wenn durch die Leistung des Schuldners der Gläubiger erhalten würde, worauf er dem alten Gläubiger gegenüber keinen Anspruch hat[9]. b) Tritt ein neuer Schuldner ein[10], so kann ebenfalls möglicherweise die kundgegebene Voraussetzung seines Versprechens die Aufhebung

---

stehen. Eine Einrede ist das Hülfsmittel des Schuldners auch in dem unter 1) genannten Fall, wenn die alte Forderung nicht nichtig, sondern nur mit einer Einrede behaftet war; aber diese Einrede ist eben aus der alten Forderung übertragen, während die Einrede in dem hier betrachteten Fall durch die den Novationsvertrag begleitenden Umstände neu begründet ist. Vgl. Seuff. Arch. X. 153.

[7] Vgl. über diese Frage: Hoffmann in Sell's Jahrb. III. 12, Fein a. a. O. S. 35—42, Erxleben condictiones sine causa I S. 155—182, Windscheid Voraussetzung S. 93—96, Schlesinger a. a. O. S. 122—129, Witte Bereicherungsklagen S. 75—84. krit. VJSchr. VIII S. 359 fg., Voigt condictiones ob causam §. 50, Römer a. a. O. S. 50—62; Thöl Handelsr. I §. 131.

[8] L. 12. 13. 19 D. h. t., l. 4 §. 20 D. de doli exc. 44. 4, l. 1 §. 10 D. quar. rer. 44. 5; l. 9 §. 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 78 §. 5 D. de I. D. 23. 3, l. 4 §. 21 D. de doli exc. 44. 4. Vgl. auch l. 33 D. h. t., l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1.

[9] Anerkannt für den Fall, wo der alte Gläubiger dem neuen seinen Schuldner in der Absicht zu schenken oder zum Zweck der Tilgung einer irrthümlich vorausgesetzten Schuld überwiesen hat. L. 2 §. 3. 4 D. de donat. 39. 5, l. 7 pr. §. 1 D. de doli exc. 44. 4. In den Stellen der vorigen Note ist von einer Ueberweisung zum Zweck der Tilgung einer wirklich bestehenden Schuld und zum Zweck einer Mitgiftbestellung die Rede, und da heißt es vom neuen Gläubiger: debitum persequitur, suum recepit, suum negotium gerit. — Die Art und Weise, wie ich früher (in der Schrift über die Voraussetzung a. a. O.) die oben genannten Entscheidungen mit dem Princip in Einklang zu setzen versucht habe, halte ich jetzt nicht mehr für genügend. Es wird nichts übrig bleiben, als in diesen Entscheidungen eine Billigkeitsausnahme zu sehen. Voigt a. a. O. S. 366. 367 sieht in ihnen eine später verlassene Entwicklungsstufe; dawider mit Recht Römer S. 59.

[10] Vgl. über diesen Fall namentlich Voigt §. 51, Römer §. 5.

der alten Schuld sein[11]. Ist dieß nicht der Fall, so kann sich der neue Schuldner auf das Nichtbestehen oder die Nichtaufhebung der zu novirenden Schuld dem Novationsgläubiger gegenüber nur dann[12] berufen, wenn gleichzeitig die Voraussetzung, unter welcher er dem alten Schuldner gegenüber dessen Schuld auf sich nimmt, ermangelt[13]. —

Mit Rücksicht auf die verschiedenen, im Vorstehenden erörterten Fälle ist noch Folgendes zu bemerken.

1. Kennt der Versprechende das Nichtbestehen des durch den Novationsvertrag aufzuhebenden Forderungsrechtes, so ist im Zweifel als seine Willensmeinung anzusehen, daß ein Forderungsrecht schlechthin begründet werden solle[14].

---

[11] Vgl. §. 354 Note 2.

[12] Der Regel nach also nicht. Dieß folgt nicht bloß aus allgemeinen Grundsätzen, sondern auch aus l. 1 §. 11 D. quar. rer. 44. 5.

[13] Nämlich der wirkliche Bestimmungsgrund seines dem Novationsgläubiger gegebenen Versprechens ist lediglich aus seinem Verhältniß zum alten Schuldner hergenommen (§. 354 Note 2). Auf die Ermangelung dieses Bestimmungsgrundes (Voraussetzung) darf er sich nun an und für sich dem Novationsgläubiger gegenüber nicht berufen, da der Bestimmungsgrund diesem gegenüber nicht hervorgetreten ist, — darf es aber ausnahmsweise in unserem Falle, weil der Novationsgläubiger auch demjenigen gegenüber, der ihm das Forderungsrecht verschafft hat, auf das zu Leistende keinen Anspruch hat. Es müssen hier ganz die bei dem vorigen Fall entwickelten Grundsätze entscheiden. In der That können, wenn A vermeintlicher Gläubiger des B ist, B vermeintlicher Gläubiger des C, und nun diese beiden vermeintlichen Forderungsrechte auf Eines zwischen A und C reducirt werden, nicht verschiedene Regeln gelten je nachdem die Novationsabsicht auf die Aufhebung des Forderungsrechtes zwischen B und C (voriger Fall), oder auf die Aufhebung des Forderungsrechtes zwischen A und B (gegenwärtiger Fall), oder vielleicht auf die Aufhebung beider, gerichtet ist. Ein directer Beweis für das hier Gesagte läßt sich aus l. 8 §. 4 D. ad SC. Vell. 16. 1, wie Römer S. 63 will, nicht entnehmen; denn abgesehen davon, daß es nicht nothwendig ist, diese Stelle anders als von dem Eintreten eines neuen Gläubigers zu verstehen (der non debitor kann sehr wohl ein vermeintlicher Schuldner sein), wird hier dem Versprechenden eine Einrede nur im Interesse der delegirenden Frau gegeben („quemadmodum mulieris fideiussor", vgl. l. 19 §. 5 eod.: „ne in mulierem mandati actio competat").

[14] Vgl. l. 12 D. h. t. „Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur (sc. debitor) ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur". L. 25 D. de V. O. 45. 1. Ueber l. 2 C. ad SC. Mac. 4. 28 s. §. 373 Note 17.

2. Ob das aufzuhebende Forderungsrecht an und für sich nicht besteht, oder durch Einrede entkräftet ist, ist gleichgültig[15]. Dagegen ist es an und für sich nicht erforderlich, daß das aufzuhebende Forderungsrecht auch klagbar sei; von der anderen Seite reicht nicht jede klaglose Verbindlichkeit hin[16].

3. Ist die Novation unter einer Bedingung gemacht, so ist im Zweifel als die Absicht der Parteien anzusehen, daß es auf die Existenz des Forderungsrechtes zur Zeit des Eintritts der Bedingung, nicht auf die Existenz zur Zeit des Novationsvertrages ankommen soll[17].

S. g. **novatio necessaria.**

§. 356.

Mit diesem Ausdruck bezeichnet man den Einfluß, welchen der Streitbeginn und das condemnatorische Urtheil auf das Forderungsrecht ausüben. Dieser Einfluß aber besteht, wie bereits oben (I §. 124 Note 1. §. 129 Note 5) gezeigt worden ist, nicht in der Aufhebung des bestehenden Forderungsrechtes, sondern in einer Umwandelung desselben im eigentlichen Sinn des Wortes, — darin, daß, während die Individualität des Forderungsrechtes aufrecht erhalten bleibt, rechtliche Bestimmtheiten an dasselbe herantreten, welche es früher nicht hatte. Die Zusammenstellung

---

[15] Von Entkräftung durch Einrede ist die Rede in l. 32 D. sol. matr. 24. 3 (Note 3), l. 20 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 25 D. de A. E. V. 19. 1, l. 14 D. de exc. 44. 1 (Note 6). L. 2 §. 3. 4 D. de don. 39. 5 und l. 7 pr. §. 1 D. de doli exc. 44. 4 (Note 9) sprechen im Allgemeinen von „pecunia quam me tibi debere existimabam“, von demjenigen, „quem creditorem tuum putabas“.

[16] Vgl. darüber §. 288 Note 4 und §. 289.

[17] Für das Gegentheil beweist nicht l. 56 §. 8 D. de V. O. 45. 1, welche sich vollkommen daraus erklärt, daß die Nichtexistenz, und so auch der spätere Wegfall, des zu novirenden Forderungsrechtes dem Novationsgläubiger gegenüber nicht von dem neu eintretenden Schuldner geltend gemacht werden kann (Note 12). Römer S. 231 fg. stellt auf Grund dieser Stelle den Satz auf, daß der spätere Wegfall des zu novirenden Forderungsrechtes für die bedingte Novationsstipulation an und für sich vollkommen gleichgültig sei, und auf dieselbe nur in sofern wirke, als mit dem Wegfall eine Erfüllung verbunden sei.

dieser Umwandelung mit der Novation erklärt sich übrigens daraus, daß auch die Quellen von derselben weder die Vorstellung noch die Bezeichnung der Novation fern halten[1].

5. Erlaß*.

§. 357.

Erlaß ist Aufhebung des Forderungsrechtes durch den Willen des Gläubigers schlechthin[1]. Der Gläubiger läßt den Schuldner frei; dadurch hört derselbe auf, Schuldner zu sein. Der Be-

---

§. 356. [1] Vgl. namentlich die berühmte Stelle von Gajus III. 180. „Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc est, quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere". Ferner l. 29 D. h. t. „Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt . . ., und Vat. fr. §. 263, wo es geradezu heißt: — „si interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit" (vgl. übrigens auch v. Salpius Novation u. Delegation S. 37); ebenso l. 3 pr. C. de usur. rei iud. 7. 54: — „novatur iudicati actione prior contractus". Aber gerade l. 29 cit. lehrt, daß die litis contestatio die bestehende Obligation nicht aufhebt, indem sie fortfährt: „Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est; quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt", und was das Urtheil angeht, s. I §. 129 Note 4. Den Römern wurde die Vorstellung der Novation, namentlich für den Fall des Eintritts eines neuen Gläubigers oder Schuldners, noch näher gerückt durch den heutzutage nicht mehr geltenden Satz, daß die litis contestatio jede weitere gerichtliche Verfolgung des in den Streit eingeführten Anspruchs für alle Zeiten ausschloß. Vgl. außer den I §. 124 Note 1 und §. 129 Note 5 genannten Schriftstellern noch Unterholzner §. 292—293 und die Lehrbücher von Seuffert §. 295, Puchta §. 292, Sintenis II §. 105 Anm. 2 z. A., Brinz S. 556—560, Keller §. 278.

§. 357. * Unterholzner I §. 225—231, Sintenis II S. 479—483.

[1] Durch den Willen des Gläubigers schlechthin, — im Gegensatz zur Novation, wo der Wille des Gläubigers nur durch das Mittel eines neu begründeten Forderungsrechtes wirkt (§. 353).

stimmungsgrund, welcher den Gläubiger zum Erlaß bewegt, kann so verschieden sein, wie der Bestimmungsgrund einer Vermögenszuwendung überhaupt[2]; namentlich darf man beim Erlaß nicht bloß an schenkungsweisen Erlaß denken[3].

Der Erlaß bedarf, um wirksam zu sein, der Annahme von Seiten des Schuldners; er ist wirksam nur als Erlaßvertrag[4]. Im Uebrigen kann der Erlaßvertrag noch einen verschiedenen Inhalt haben. a) Er ist gerichtet auf directe Aufhebung des Forderungsrechtes[5]. b) Das Forderungsrecht soll an und für sich bestehen bleiben, es macht sich aber der Gläubiger anheischig, dasselbe nicht geltend zu machen, so daß, wenn er es dennoch thut, eine Einrede gegen ihn begründet ist[6]. Welchen Inhalt der

---

[2] Vgl. z. B. l. 9 §. 7 D. quod. met. c. 4. 2, l. 4 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4. l. 41 §. 2 D. de I. D. 23. 3, l. 81 §. 5 D. de leg. I⁰ 3⁰.

[3] S. namentlich Bähr Anerkennung §. 29. 31.

[4] L. 91 D. de sol. 46. 3. Abgesehen wird hier von dem letztwilligen Erlaß; derselbe gehört in das Erbrecht.

[5] Von dieser Art ist die römische acceptilatio (Dig. 46. 4, Cod. 8. 44). Die acceptilatio ist vertragsmäßiges Empfangsbekenntniß in Form von Frage und Antwort (acceptum habes? acceptum habeo, §. 1 I. quib. mod. toll 3. 29, vgl. l. 18 i. f. D. h. t.), — ein Vertrag durch welchen der Gläubiger erklärt, daß dieselben Wirkungen eintreten sollen, wie wenn er empfangen hätte. Deßwegen heißt es von der acceptilatio, sie befreie den Schuldner „solutionis exemplo" (l. 5 D. h. t.); ferner: „solutioni comparatur" (l. 7 §. 1 D. de lib. leg. 34. 3), „velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est" (l. 16 pr. D. h. t.), sie wird eine „imaginaria solutio" genannt (§. 1 I. quib. mod. toll. 3. 29, Gai. III. 169), vgl. auch l. 13 §. 4 D. h. t., l. 16 D. de sol. 46. 3. Aber immerhin hat der Gläubiger nicht wirklich empfangen; und auch daraus werden rechtliche Consequenzen gezogen, s. Gai. III. 171. 172, l. 5 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (über l. 56 §. 8 D. de V. O. 45. 1. s. §. 355 Note 17). Vgl. über die Natur der acceptilatio Fitting Correalobl. §. 8, Windscheid krit. VJSchr. III S. 170—171, Römer bedingte Novation S. 245—253, Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 309—318. Heutzutage haben wir keine acceptilatio mehr, aber in der Quittung ein ganz entsprechendes Rechtsinstitut; auch die Quittung ist (oder vielmehr kann sein, s. die zweite Hälfte des §.) vertragsmäßiges Empfangsbekenntniß, nur nicht in Form von Frage und Antwort. — Eine andere Form des römischen directen Erlaßvertrages ist der s. g. contrarius consensus, d. h. die formlose Vereinbarung der Parteien, daß ein zwischen ihnen abgeschlossener Vertrag wiederaufgehoben sein solle, z. B. §. 4 I. quib. mod toll. 3. 29, l. 58 D. de pact. 2. 14, l. 3 D. de resc. vend. 18. 5 (vgl. Note 9).

[6] §. 3 I. de exc. 4. 13. Ein solcher Vertrag heißt in den Quellen pa-

Erlaßvertrag wirklich habe, ist im einzelnen Fall durch Auslegung zu bestimmen; im Zweifel aber ist, wenn der Wille der Parteien auf eine Hemmung der Wirkung des Forderungsrechtes in aller und jeder Beziehung gerichtet ist, anzunehmen, daß sie auch directe Aufhebung gewollt haben[7]. Seine eigentliche Anwendung findet der Erlaßvertrag der zweiten Art in dem Falle, wo der Wille der Parteien darauf geht, daß das Forderungsrecht nur in dieser oder jener Beziehung, etwa für eine gewisse Zeit, oder für eine bestimmte Person[8], seine Wirksamkeit verlieren solle.

Der Erlaßvertrag steht unter den allgemeinen Regeln von der Gültigkeit der Verträge. Einer Form bedarf er zu seiner Gültigkeit nicht[9]; er kann daher auch stillschweigend abgeschlossen

---

ctum de non petendo (Dig. 2. 14, Cod. 2. 3). Das pactum de non petendo unterscheidet sich von der acceptilatio nicht bloß durch seine Formlosigkeit, sondern auch durch seinen Inhalt. S. Büchel civilr. Erörterungen II S. 45—52, v. Völderndorff-Waradein zur Lehre vom Erlaß (1850 — welche Schrift sich übrigens ihrem Hauptinhalte nach mit der Geschichte des pactum de non petendo beschäftigt), v. Scheurl Beiträge II Nr. 14. Zu weit geht aber v. Völderndorff, wenn er behauptet (so auch Rudorff zu Puchta § 297.a), das pactum de non petendo beziehe sich gar nicht auf die Obligation, sondern nur auf die Klage; dawider Scheurl a. a. O. S. 17—19, Arndts krit. Ueberschau II S. 154. v. Völderndorff und Rudorff wollen außerdem das pactum de non petendo gar nicht Erlaßvertrag genannt wissen, und Scheurl bestreitet ihm wenigstens den Charakter eines wahren Erlaßvertrages; s. dagegen Arndts a. a. O. S. 154. 155 und vgl. l. 7 §. 10 D. de pact. 2. 14, l. 5 C. de rem. pign. 8. 26. Gegen Arndts wider Fitting Correalobl. S. 95 Note 117, Baron Gesammtrechtsverh. S. 297.

[7] Für die Vorstellung der Parteien wird regelmäßig das Bestehen des Forderungsrechtes in seiner Wirksamkeit aufgehen, und man würde ihrem Willen schlecht entsprechen, wenn man, wo derselbe unzweifelhaft auf Ausschluß aller Wirksamkeit gerichtet ist, das Forderungsrecht an und für sich fortbestehen lassen wollte. Vgl. Unger II §. 96 Note 17, Arndts §. 267 Anm. 1. d. S. übrigens auch §. 413 Note 12.

[8] Pactum de non petendo in personam, im Gegensatz zum pactum de non petendo in rem. L. 7 §. 8 l. 17 §. 3 l. 25 §. 1 D. de pact. 2. 14.

[9] Nach römischen Recht bedurfte keiner Form das pactum de non petendo. Für den directen Erlaßvertrag galt dagegen die Regel: „prout quidque contractum est, ita et solvi debet“ (l. 80 D. de sol. 46. 3, l. 35. 100 D. de R. I. 50. 17). Daher war der contrarius consensus nur anwendbar bei Obligationen aus Consensualverträgen (und auch bei diesen nicht, wenn der Vertrag bereits theilweise erfüllt war; denn auf Rückgabe der gemachten Leistungen konnte der formlose Vertrag kein Forderungsrecht begründen, und

werden[9a]. Eine heutzutage sehr gewöhnliche Form des directen Erlaßvertrages ist die Quittung, genauer gesprochen die Ausstellung und Einhändigung einer Quittung. Jedoch enthält die Quittung nicht nothwendig einen Erlaßvertrag, und nicht einmal zunächst. Die Quittung ist zunächst Beweismittel für die geschehene Erfüllung[10], und ist als solches rechtlich zu behandeln[11]. Erweist sie sich aber unfähig, die Thatsache der geschehenen Erfüllung processualisch festzustellen[12], so steht es dem Schuldner frei, nachzuweisen, daß sie unter solchen Umständen ausgestellt worden sei, aus welchen auf die Absicht, durch sie den Erlaß-

---

auseinandergerissen werden durfte er nicht, s. die in der Note 5 citirten Stellen). Alle anderen Obligationen mußten durch acceptilatio aufgehoben, und zu diesem Ende, wo nöthig, erst in verborum obligationes verwandelt werden (§. 353 Note 7). Heutzutage entscheidet der allgemeine Grundsatz, daß die Vertragsberedung zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit einer Form nicht bedarf (§. 312). Es ist nicht abzusehen, warum dieser Grundsatz nicht ebenso wohl für aufhebende, als für begründende Verträge gelten sollte. So auch, wenigstens im Resultat, die herrschende Meinung, vgl. Fritz Erläuter. II S. 421, Unterholzner S. 481, Sintenis S. 480 in der Anm. 2, Scheurl a. a. O. S. 24—26, Arndts krit. Ueberschau II S. 155—156 und Pand. §. 267. 1. d (dieser mit einer künstlichen, dem Willen der Parteien Zwang anthuenden Rechtfertigung), Savigny Obl. I S. 178. A. M. Vangerow III §. 621 Anm., welcher für das heutige Recht nur den contrarius consensus (mit erweiterter Wirksamkeit, da heutzutage die meisten Vertragsobligationen solo consensu entstünden) gelten lassen will; a. M. auch v. d. Pfordten Abhandl. S. 300, welcher behauptet, das heutige Recht kenne einen directen Erlaßvertrag nur in der der römischen acceptilatio entsprechenden Quittung. S. auch Brinz S. 640.

[9a] Vgl. l. 2 §. 1 D. de pact. 2. 14, l. 17 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 24 D. de prob. 22. 3. Seuff. Arch. II. 282, XIII. 156, XIV. 221. Speciell über den Fall, wo bei einer Abrechnung eine Forderung nicht mit in Ansatz gebracht wird: Seuff. Arch. IV. 220, IX. 57, XV. 194; Bähr Anerkenn. S. 223—224 (242—243). Jahrb. f. Dogm. II S. 406—407, Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 175—177.

[10] Anerkennung der Erfüllung im Sinne eines Zeugnisses gegen sich selbst. S. §. 412[b] Note 3.

[11] D. h. sie braucht nicht erst durch Anfechtung beseitigt zu werden; sie unterliegt dem Gegenbeweis und der exceptio non numeratae (non solutae) pecuniae (§. 344 Note 3).

[12] Weil ihre Beweiskraft durch die exc. non numeratae pecuniae gebrochen, oder durch Gegenbeweis aufgehoben ist.

willen auszudrücken, geschlossen werden darf[13]. Wird eine Quittung wirklich in dieser Absicht ausgestellt, so enthält sie einen Erlaßvertrag, welcher vollkommen der römischen Acceptilation entspricht, und daher nach den Grundsätzen derselben zu beurtheilen ist[14].

Unfreiwilliger Erlaß. Qualificirter Erlaß.

§. 358.

Regelmäßig kann natürlich der Gläubiger zum Erlaß nicht genöthigt werden. Ausnahmsweise ist dieß zuläßig im Fall der Ueberschuldung des Schuldners[1]. In diesem Fall kann die Mehrheit der Gläubiger die Minderheit zu einem theilweisen Erlaß nöthigen, muß aber zu diesem Ende ein richterliches Decret erwirken[2]. Die Mehrheit wird, wie in dem Fall des §. 275 Nr. 2,

---

[13] Dieser Schluß setzt unter allen Umständen voraus, daß der Gläubiger bei Ausstellung der Quittung gewußt habe, daß noch nicht erfüllt sei. Wird aber der Schluß durch dieses Wissen allein gerechtfertigt? Nicht in dem Falle, wo in Erwartung nachfolgender Zahlung quittirt wird. Vgl. §. 412b Note 4. L. 6. 21. 23 C. de sol. 8. 43.

[14] Sie ist, wie die acceptilatio, ein Vertrag, durch welchen der Gläubiger erklärt, daß dieselben Wirkungen eintreten sollen, welche eintreten würden, wenn wirklich erfüllt worden wäre.

§. 358. [1] Heffter Arch. f. civ. Pr. X. 15. Spangenberg Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI S. 226—235. Pfeiffer praktische Ausführungen III. 1 und VIII 3. Bayer Concursproceß §. 38. 39.

[2] In den Quellen ist der im Text genannte Satz nur für den Fall einer überschuldeten Erbschaft anerkannt, welche der berufene Erbe ohne Nachlaß nicht antreten will. L. 7 §. 19 — l. 10 pr. D. de pact. 2. 14, l. 58 §. 1 D. mand. 17. 1, l. 23 D. quae in fr. cred. 42. 8. Der Grund ist, damit der Verstorbene nicht den Schimpf der venditio bonorum erleide (l. 23 D. cit.). Die Ausdehnung des Satzes auf andere Fälle der Ueberschuldung beruht auf der Praxis. Seuff. Arch. I. 150, V. 265, XI. 320; dawider X. 249, Spangenberg a. a. O. S. 231. In dieser Ausdehnung liegt aber dem Satz offenbar ein ganz anderer Gedanke zu Grunde: es kann eine bloß theilweise Befriedigung mit Abwendung des Concurses im Interesse der Gläubiger selbst liegen; hierbei soll der Eigensinn oder auch nur die abweichende Ansicht der Minderheit nicht in Betracht kommen. Das Interesse des Schuldners steht jedenfalls erst in zweiter Linie. So auch Pfeiffer III S. 10—12. VIII. S. 126 (a. A. das OT. zu Stuttgart in dem bei Seuff. I. 150 angeführten Erkenntniß). Deßwegen darf man auch nicht, wie es wohl geschieht (so namentlich von Heffter und

nicht nach der Zahl der Personen, sondern nach der Größe der Forderungen bestimmt[3]. Der Bürge, welcher sich bei einem nicht zustimmenden Gläubiger verbürgt hat, kann sich auf den Nachlaß nicht berufen[4]. Pfandgläubiger brauchen sich dem Beschluß der Mehrheit nicht zu unterwerfen[5].

Eine besondere Anwendung findet der Erlaßvertrag beim Vergleich, beim Schiedsrichter- und Schiedseidvertrag[6]. Die besonderen Grundsätze für diese Rechtsinstitute gehören nicht hierher, sondern in den speciellen Theil des Obligationenrechtes[7].

6. Tod des Gläubigers oder Schuldners*[1].

§. 359.

Der Tod des Gläubigers oder Schuldners ist regelmäßig

Bayer, und in dem zuvor erwähnten Stuttgarter Erkenntniß), die Verpflichtung der Minderheit, sich zu unterwerfen, davon abhängig machen, daß der Schuldner ohne sein Verschulden in Vermögensverfall gerathen sei (nach Analogie der cessio bonorum).

[3] Erst bei Gleichheit der Forderungen entscheidet die Mehrheit der Personen. Ist auch die Zahl der Personen gleich, so soll diejenige Seite vorgehen, auf welcher sich der Angesehenere unter den Gläubigern befindet (vgl. jedoch Bayer S. 104 unt.); in letzter Linie überwindet die Bejahung die Verneinung. L. 8 D. de pact. 2. 14.

[4] L. 58 §. 1 D. mand. 17. 1. Seuff. Arch. V. 265. Vgl. Holzschuher III §. 229 Nr. 3.

[5] L. 58 §. 1 cit., l. 10 pr. D. de pact. 2. 14. Darüber, ob das Gleiche für Gläubiger mit einem Concursprivilegium gelte, finden sich entgegengesetzte Entscheidungen in den beiden zuvor genannten Stellen. Ob eine Ausgleichung des Widerspruchs möglich ist, bleibt zweifelhaft; jedenfalls kann die gelegentliche Aeußerung der ersten Stelle der ausdrücklichen und bestimmten (verneinenden) Entscheidung der zweiten gegenüber nicht in Betracht kommen S. namentlich Vangerow III §. 583 Anm. 2.

[6] S. jedoch §. 415 Note 5, §. 418 Note 1. d.

[7] In die Lehre von der Aufhebung der Obligation stellen die drei genannten Rechtsinstitute namentlich die Lehrbücher von Puchta, Arndts, Sintenis. Aber diese Rechtsinstitute sind nicht bloß oder nicht nothwendig auf Aufhebung eines Forderungsrechtes gerichtet, und was Besonderes von ihnen zu sagen ist, hat seinen Grund nicht darin, daß sie auf Aufhebung eines Forderungsrechtes gerichtet sind oder gerichtet sein können, sondern in dem übrigen Inhalt des Vertrages. S. auch Arndts §. 269 zu Note 3, und unten §. 413 Note 13.

* Unterholzner I §. 251. 252, Sintenis II S. 461–463. Köppen Erbrecht S. 173 fg. §. 359.

für den Bestand des Forderungsrechtes gleichgültig; an die Stelle des Gestorbenen treten seine Erben. Dieser Satz gilt aber nicht ausnahmslos. Eine Ausnahme von demselben kann zunächst begründet werden durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Bestimmung des das Forderungsrecht begründenden Rechtgeschäfts[2]. Sodann gibt es auch gesetzliche Ausnahmen. Unter diesen sind von allgemeinerer Bedeutung folgende[3].

1. Auf den Erben des Gläubigers gehen nicht über[4] die

---

[1] Mit dieser Thatsache beginnt die Reihe der Thatsachen, welche das Forderungsrecht ohne Befriedigung des Gläubigers aufheben. Unter diesen Thatsachen werden hier zuerst diejenigen betrachtet (§. 359), welche das Forderungssubject, dann (§. 360) diejenigen, welche das Forderungsobject betreffen. Die noch übrig bleibenden Thatsachen (§. 361) entziehen sich einer systematischen Anordnung.

[2] Ausdrückliche Beschränkung auf die Lebenszeit: l. 32 pr. D. ad. leg. Falc. 35. 2, l. 56 §. 4 D. de V. O. 45 1. Vertrag auf Arbeit, bei welchem Fähigkeit und Tüchtigkeit gerade dieses Versprechenden den Ausschlag gibt: vgl. l. 31 D. de sol. 46. 3, auch l. 13 C. de contr. stip. 8. 38. Vertrag auf Bestellung eines Nießbrauches, d. h. eines nach dem Leben gerade dieses Gläubigers zu bemessenden Nutzungsrechtes, vgl. l. 38 §. 10—12 D. de V. O. 45. 1. Römische operae officiales des Freigelassenen: l. 6 D. de op. lib. 38. 1.

[3] Im Uebrigen bemerke man noch: nach älterem römischem Recht ging auf die Erben nicht über die Verbindlichkeit des sponsor und fidepromissor (Gai. III. 120, vgl. gegen Savigny V S. 202 Girtanner Bürgschaft S. 8 fg., Bekker proc. Consumption S. 168. 187, Windscheid die Actio 2c. S. 29), das Forderungsrecht der Ehefrau auf Rückgabe ihrer Dos (Ulp. VI. 7). Noch nach Justinianischem Recht geht nicht über die Forderung und Verbindlichkeit aus dem Schiedsrichtervertrag (l. 32 §. 3 l. 49 §. 2 D. de recept. 4. 8); die Verbindlichkeit des Vormundes aus seiner gewöhnlichen Nachlässigkeit (§. 438 Note 9); endlich nicht die Forderung und Verbindlichkeit aus dem Auftrags- und aus dem Gesellschaftsvertrag, jedoch diese nur in dem Sinne nicht, daß sie für die Zukunft nicht weiter wirken, während die von ihnen in der Vergangenheit bereits erzeugten Wirkungen allerdings auf die Erben übergehen (§. 5 I. de soc. 3. 25, §. 10 I. de mand. 3. 26, l. 65 §. 9 D. pro soc. 17. 2).

[4] Vgl. zum Folgenden: Marezoll Magazin f. RW. und Gesetzg. IV S. 363—366, Kierulff S. 227 Note *, Savigny System V S. 200—202 und II §. 73, Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 9—14 und Cession S. 295—302, Puchta §. 88. c, Arndts §. 104 Anm. 1, Vangerow I §. 145 Anm. Nr. I, Köppen a. a. O. S. 177—179.

Forderungsrechte, welche bestimmt sind dem Gläubiger Genugthuung für eine ihm zugefügte persönliche Kränkung zu verschaffen[5]. Unter den einzelnen hierher gehörigen Forderungsrechten sind die wichtigsten und zugleich in unbestrittener praktischer Geltung stehenden[6]: das Forderungsrecht aus der Injurie[7], das Forderungsrecht auf Schmerzensgeld[8 9], das Forderungsrecht auf die Vermögensstrafen des schuldigen Theils bei der Ehescheidung[10].[11]

---

[5] Die s. g. actiones vindictam spirantes, so genannt, weil sie „magis vindictae, quam pecuniae habet persecutionem", l. 2 §. 4 D. de coll. 37. 6. Es wird mit ihnen zwar eine Vermögensleistung gefordert, aber diese nicht als solche, sondern in ihrer Eigenschaft als Genugthuung für die von dem Fordernden erlittene Kränkung, und Genugthuung kann nur dem Gekränkten geleistet werden. Ueberdieß darf es von der Entscheidung Niemandes, als eben des Gekränkten, abhangen, ob die Kränkung aufgenommen werden oder ob sie auf sich beruhen bleiben soll. Deßwegen werden die actiones vindictam spirantes auch in anderen Beziehungen nicht als Vermögensbestandtheile behandelt, s. §. 335 Note 1.

[6] Hierher würde auch die querela inofficiosi testamenti gehören, wenn sie ein Forderungsrecht wäre. Sie ist aber ein Anspruch nach Art des Wiedereinsetzungsanspruches. Ebensowenig gehört hierher das Widerrufsrecht des Schenkers wegen Undankbarkeit des Beschenkten; auch dieses Recht ist kein Forderungsrecht, sondern erst durch den Widerruf wird ein Forderungsrecht begründet. L. 10 C. de revoc. don. 8. 56. S. §. 367 Note 19.

[7] §. 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12, l. 13 pr. D. de iniur. 47. 10, l. 32 pr. D. ad leg. Falc. 35 2; l. 7 §. 1 D. de iniur. 47. 10, l. 5 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 2 §. 4 D. de coll. 37. 6.

[8 9] Köppen S. 179 Note 22. Nicht unbestritten, s. §. 455 Note 31. 32.

[10] Vgl. l. 15 §. 1 D. sol. matr. 24. 3: — „(heres mariti) morum coercitionem non habet". S. Köppen a. a. O. Note 19, und unten §. 510 Note 10.

[11] Außer den oben genannten Fällen zählt das römische Recht hierher noch folgende: a) die actio wegen unerlaubter Belangung des Patrons und der Ascendenten, l. 24 D. de in ius voc. 2. 3, vgl. §. 514 Note 5; b) die actio de calumnia, l. 4 D. de calumn. 3. 6 (§. 471 Note 5); c) die actio de sepulcro violato, l. 10 l. 3 §. 8 l. 6 D. de sep. viol. 47. 13 (vgl. § 456 Nr. 5); d) die actio wegen verhinderter Beerdigung eines Leichnams, l. 9 D. de rel. 11. 7 (§. 468); e) die actio de effusis et eiectis wegen Beschädigung eines freien Menschen, l. 5 §. 5 D. de his qui eff. 9. 3 (§ 451 Note 3. 4). — Manche (Köppen a. a. O. Note 20, Kierulff S. 227, Wächter Württ. Privatr. II. §. 533 Note 53) stellen hierher auch den durch die Praxis begründeten s. g. Deflorationsanspruch, d. h. den Anspruch der verführten unbescholtenen Jungfrau oder Wittwe auf Ausstattung. Aber die Auffassung

Alle hierher gehörigen Forderungsrechte werden aber vererblich mit dem Streitbeginn[12].

2. Auf die Erben des Schuldners gehen nicht über[13] die Forderungsrechte aus Vergehen (Delicten), welche Strafe zum Gegenstand haben[14]. Die Forderungsrechte aus Vergehen, welche Schadensersatz zum Gegenstand haben, gehen auf die Erben des Schuldners nur bedingt über: nach römischem Recht haftet der Erbe, soweit die Erbschaft durch das Vergehen bereichert ist[15], nach heutigem, so weit die Erbschaft reicht[16]. Diese Beschränkung gilt aber auch nur für die Forderungsrechte, welche in dem Vergehen als solchem ihren Grund haben; Forderungs=

---

dieses Anspruchs als actio vindictam spirans läßt sich als gewohnheitsrechtlich begründet nicht nachweisen. S. 493 Note 7.

[12] S. I §. 124 Note 11.

[13] Vgl. zum Folgenden: Francke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien I. 1 (1828), Kierulff S. 218—227, Savigny Syst. V § 210. 211, Mühlenbruch Fortsetzung von Glück XLIII S. 16—38, Vangerow I §. 145 Anm. Nr. II, Köppen a. a. O. S. 180—190.

[14] § 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12, l. 20 D. de poen. 48. 19, l. 1 pr. D. de priv. del. 47 1; vgl. l. 22 D. de O. N. N. 39. 1 (— „in poenam heres non succedit").

[15] L. 26 D. de dolo 4. 3: — quatenus ad eum pervenerit, i. e. quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit". L. 35 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 44 D. de R. I. 50. 17, l. 1 §. 6 D. de eo per quem fact. 2. 10, l. 16 §. 2 l. 19 D. quod. met. c. 4. 2, l. 17 §. 1 l. 26—29 D. de dolo 4. 3, l. 1 §. 48 l. 2. 3. pr. D. de vi 43. 16, l. un. C. ex del def. 4. 17, u. a. m. Soweit die Entschädigung die Bereicherung des Verpflichteten überschreitet, ist sie für diesen in der That Strafe (vgl. l. 16 §. 2 D. quod. met. c. 4. 2, l. 22 D. de O. N. N. 39. 1); die actio auf Entschädigung kann daher auch als actio poenalis bezeichnet werden (Savigny: einseitige Strafklage), l. 1 §. 5. 8 D. ne vis fiat ei 43. 4. Zu l. 26 D. de dolo cit. vgl. noch l. 127 D. de R. I. 50. 17, l. 17. 18. 20 D. quod. met. c. 4. 2, und überhaupt: W. Sell Versuche I S. 62—76, H. Witte Bereicherungsklagen S. 315—322, Jacobi Jahrb. f. Dogm. IV S. 210—212.

[16] Das canonische Recht läßt die Erben unbedingt haften, c. 3 C. 16 qu. 6, c. 5 X. de rapt. inc. 5. 17 („iuxta facultates suas condigne satisfaciant"), c. 9 X. de usur. 5. 19, c. 14 X. de sepult. 3. 28, c. 28 X. de sent. exc. 5. 39. Aber ein sehr alter und sehr constanter Gerichtsgebrauch hat die Vorschrift des canonischen Rechts in der im Text bezeichneten Weise modificirt. Francke S. 44 fg., Savigny S. 51 fg., Mühlenbruch S. 35 fg., Köppen S. 186—187. Vgl. nach Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 205—206.

rechte auf Schadensersatz, welche auf einem andern Grunde beruhen, gehen deßwegen nicht weniger auf die Erben des Schuldners unbedingt über, weil die beschädigende Handlung den Thatbestand eines Delicts in sich trägt[17]. Auch unter den Forderungsrechten aus einem Vergehen als solchem machen eine Ausnahme die Forderungsrechte aus widerrechtlicher Aneignung beweglicher oder unbeweglicher Sachen; die Erben des Thäters haften aus ihnen wie der Thäter selbst[18]. — Auch hier, mag das Forderungsrecht

[17] L. 10 pr. D. comm. div. 10. 3. „Item quamvis legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio (sc. communi dividundo) heres socii praestet, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine legis Aquiliae actio nascitur". L. 7 §. 1 D. dep. 16. 3, l. 12. 49 D. de O et A. 44. 7, l. 121 §. 3 D. de V. O. 45. 1, l. 157 §. 2 D. de R. I. 50. 17. Zu l. 8 §. 1 D. de fidei. et nom. 27. 7 vgl. l. 4 C. de in lit. iur. 5. 53, zu §. 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12 vgl. Gai. IV. 113, und s. über beide Stellen die gründliche Erörterung von Francke S. 16 fg.; Vangerow S. 216.

[18] L. 7 §. 2 l. 9 D. de cond. furt. 13. 1; l. 10 eod, l. 1 §. 1 D. de cond. trit. 13. 3, l. 2 §. 26. 27 D. de vi bon. rapt. 47. 8; l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 §. 1 D. de furt. 47. 2. Die Quellen bezeichnen das Klagerecht, welches sie in diesen Fällen gewähren, als condictio. Damit soll gesagt sein, daß es seinen Grund habe in der durch das Vergehen bewirkten ungerechtfertigten Bereicherung des Beklagten (condictio sine causa), also nicht in dem Vergehen als solchem. Nichtsdestoweniger hat es wirklich seinen Grund in dieser Bereicherung nicht. Hätte es seinen Grund in dieser Bereicherung, so müßte es auch nur auf die Bereicherung gehen; aber es geht weiter. Denn die condictio ist eine condictio rei, nicht possessionis, während der Thäter doch nur um den Besitz reicher geworden ist, nicht aber um den Vermögenswerth der Sache selbst; dieser ist geblieben, wo er war, beim Eigenthümer. Vgl. Gai. IV. 4, §. 14 I. de act. 4. 6, l. 2 D. de cond. trit. 13. 3 in Verbindung mit l. 6 D. de vi 43. 16, l. 3 § 11 D. uti poss. 43. 17. Die Römer bezeichnen also etwas als condictio sine causa, was condictio sine causa nicht ist, und sind sich des darin liegenden Widerspruchs wohl bewußt; das, sagen sie, sei eingeführt „odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur" (s. die citirten Stellen aus Gajus und den Justinianischen Institutionen). Mit anderen Worten: sie wollten auf jene Delictsforderungen zum Nachtheil des Thäters die Grundsätze von der condictio sine causa angewendet wissen, und namentlich, was wahrscheinlich der Ausgangspunkt gewesen ist, die für die condictio sine causa geltende Vererblichkeit. In anderen Beziehungen wird denn auch die Delictsnatur der condictio furtiva wieder zur Geltung gebracht, s. l. 4 D. de cond. furt. 13. 1 (deren Erklärung durch Savigny Syst. V S. 562 offenbar nur Nothbehelf ist) und l. 1 C. de cond. furt. 4. 8, vgl. §. 425 Note 4. Von der actio rerum amotarum, welche die condictio furtiva ver-

auf Strafe oder auf Schadensersatz gehen, hört die Unvererblichkeit mit dem Streitbeginn auf[19].

7. Unmöglichkeit der Leistung.

§. 360.

Das Forderungsrecht geht auch dadurch unter, daß die Leistung dem Schuldner ohne seine Schuld unmöglich wird. Hierüber, wie über den Einfluß, welchen bei gegenseitigen Verträgen die unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung auf das dem Schuldner aus dem Vertrage seinerseits zustehende Forderungsrecht ausübt, ist bereits früher gehandelt worden (§. 264 Note 5. 6, §. 321 Note 16—19). Es ist aber hier zu dem Gesagten noch Folgendes hinzuzufügen.

1. Durch die unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung wird das Forderungsrecht direct aufgehoben[1].

2. Hört die Unmöglichkeit der Leistung hinterher wieder auf, so wird dadurch das Forderungsrecht nur dann wiederhergestellt, wenn dieses Wiederaufhören in der Natur der Unmöglichkeit begründet, nicht, wenn es zufällig ist[2].

---

tritt, heißt es in l. 21 §. 5 D. rer. am. 25. 2 geradezu „ex delicto nascitur". Allerdings wird in Beziehung auf sie gerade die Vererblichkeit, welche in l. 6 §. 4 D. eod. ausdrücklich anerkannt wird, in l. 3 C. eod. 5. 21 geleugnet. — Die jetzt herrschende Meinung erklärt die condictio furtiva und die ihr gleichstehenden Klagerechte einfach für Klagerechte aus ungerechtfertigter Bereicherung, und leitet daraus ihre Vererblichkeit her. S. Kierulff S. 222, Mühlenbruch a. a. O. S. 19—25, namentlich aber Savigny Syst. V S. 551—564 und nach ihm Sintenis II §. 109 Anm. 123, Vangerow I S. 216 und III §. 679 Anm. 2. Für die Delictsnatur der condictio furtiva Francke S. 28—40 und Witte Bereicherungsklagen S. 322—325. — Der in Note 16 bezeichnete Gerichtsgebrauch bezieht sich auf die condictio furtiva und die anderen hierher gehörigen Klagerechte nicht. Derselbe hat nur die neue Bestimmung des canonischen Rechts modificiren wollen. Francke S. 54; a. M. Mühlenbruch S. 37, Köppen S. 187.

[19] S. I §. 124 Note 11.

§. 360. [1] Allerdings ist dieß in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt. Aber vgl. namentlich l. 107 D. de sol. 46. 3, wo die Unmöglichkeit als naturalis resolutio neben die Erfüllung gestellt wird. Mommsen Beiträge I S. 304—308.

[2] L. 83 §. 5 D. de V. O. 45 1, l. 98 §. 8 D. de sol. 46. 3. Vgl. §. 315 Note 11, und Mommsen a. a. O. S. 290 fg.

3.[3] Eine unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung liegt auch dann vor, wenn der Gläubiger die individuell bestimmte Leistung[4], auf welche das Forderungsrecht geht, bereits anderweitig erhalten hat. Jedoch wird durch diese Unmöglichkeit das Forderungsrecht nicht unbedingt aufgehoben. a) Es wird aufgehoben nur insoweit, als der Gläubiger die Leistung nicht bloß überhaupt erhalten hat, sondern auch mit dem gleich günstigen Resultat für sein Vermögen, welches vorhanden gewesen wäre, wenn er sie kraft seines Forderungsrechtes erhalten hätte[5]. b) Es wird aufgehoben nur in dem Sinne, daß der Gläubiger keinen Vortheil von dem Forderungsrecht haben soll; dagegen wird es aufrecht erhalten, insofern dieß nöthig ist, um den Gläubiger gegen Schaden zu schützen[6]. — Aus dem Gesagten ergibt sich, daß das Forderungs-

---

[3] Vgl. zu dem Folgenden die Schrift von W. Sell: über die römischrechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causarum lucrativarum (1839); ferner Mommsen Beiträge I S. 255—262, Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 130—134, und wieder Mommsen Beiträge III S. 413—415. Unterholzner I §. 261, Sintenis II S. 500—503.

[4] Eine generisch bestimmte Leistung wird dadurch nicht unmöglich, daß der Schuldner einmal eine Leistung dieser Art empfangen hat.

[5] War daher a) das Forderungsrecht mit keiner Aufopferung für den Gläubiger verbunden (beruhte es auf causa lucrativa), so kann er Ersatz für dasjenige fordern, was er für die erhaltene Leistung aufgeopfert hat, §. 6. 9 I. de leg. 2. 20, l. 34 §. 7. 8 D. de leg. I° 30, l. 82 §. 2. 4 l. 108 §. 6 eod., l. 73 D. de leg. II° 31, l. 102 §. 2 D. de leg. III° 32. b) War es ebenfalls mit einer Aufopferung verbunden, die für die erhaltene Leistung gemachte Aufopferung ist aber größer, so kann er Ersatz für den Mehrbetrag fordern. Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, ist aber eine nicht abzuweisende Consequenz aus dem Gesagten. A. M. Mommsen I S. 258. c) Hat der Gläubiger die Leistung, welche er zu fordern hat, zwar erhalten, aber nicht so, daß er sie auch behalten kann, so wird es angesehen, als habe er sie nicht erhalten, l. 34 §. 8 l. 82 pr. l. 108 §. 5 D. de leg. I° 30.

[6] Beruht daher a) das Forderungsrecht auf einem gegenseitigen Vertrag, so braucht der Gläubiger nicht nur die Gegenleistung nicht zu machen, sondern er kann auch die gemachte zurückfordern, Paul. R. S. II. 17 §. 8, l. 84 §. 5 D. de leg. I° 30, l. 29 pr. D. de evict. 21. 2, l. 29 D. de A. E. V. 19. 1, l. 9 §. 6 D. loc. 19. 2. b) Hat der Gläubiger die Aufopfernng, für welche ihm das Forderungsrecht gegeben worden ist, unter allen Umständen zu machen, so verliert er auch das Forderungsrecht nicht. In diesem Sinne entscheidet l. 19 D. de O. et A. 44. 7, daß der Mann das als Dos Versprochene immer

recht schlechthin nur dann aufgehoben wird, wenn sowohl es selbst, als die anderweitige Erlangung der Leistung, eine reine Bereicherung für den Gläubiger enthält[7].

8. Andere Aufhebungsthatsachen.

§. 361.

Es gibt noch eine Reihe von anderen Aufhebungsgründen von Forderungsrechten, von welchen bereits in anderen Zusammenhängen gehandelt worden ist: dahin gehören Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (I §. 120 a. E.), aberkennendes Urtheil (I §. 129 Nr. 2), Verjährung (I §. 112 Note 3—5), Verwirkung

noch fordern könne, wenn er es auch anderweitig erhalten habe; denn die Dos ist ihm versprochen worden als Entgelt für die onera matrimonii, und diese bleiben ihm unter allen Umständen, vgl. l. 8 §. 13 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 47 pr. D. mand. 17. 1. c) Ebenso behält der Gläubiger sein Forderungsrecht, wenn er den Gegenstand desselben einem Andern herauszugeben verpflichtet ist. L. 108 §. 5 D. de leg. I° 30; auch die Entscheidung der l. 19 D. de O. et A. cit. beruht wohl mit auf diesem Gesichtspunkt.

[7] In diesem Sinne sagen die Quellen: „Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset“ (l. 17 D. de O. et A. 44. 7), oder: „Traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et eandem rem concurrere non posse“ (§. 6 I. de leg. 2. 20); s. auch l. 83 §. 6 D. de V. O. 45. 1. Gewöhnlich betrachtet man diese Aufhebung des Forderungsrechtes durch „concursus duarum causarum lucrativarum“ als auf positiver Bestimmung beruhend. Es ist das Verdienst Mommsen's, den inneren Grund dieses Satzes und den Zusammenhang, in welchem derselbe mit der Lehre von dem Einfluß der Unmöglichkeit der Leistung auf den Bestand der Obligation steht, nachgewiesen zu haben. Von der anderen Seite geht Mommsen zu weit, wenn er das Forderungsrecht ex causa onerosa bei anderweitiger Erlangung der Sache unbedingt untergehen läßt (vgl. Note 5, freilich auch Mommsen S. 259. 261 unt.). Wenn ich mich aber früher dahin ausgesprochen habe, daß das Forderungsrecht ex causa onerosa bei anderweitiger Erlangung der Sache auch auf den Vortheil des Gläubigers, d. h. auf den Mehrwerth der Leistung der Gegenleistung gegenüber, fortdauere, so möchte ich jetzt diese Meinung nicht mehr vertheidigen. Der Hauptbeweisstelle für dieselbe — l. 19 D. de O. et A. 44. 7: „integras actiones retinebit“ — wird die Beweiskraft dadurch abgebrochen, daß: a) der Schluß der Stelle gleichfalls in unbestreitbarer Weise ungenau redet „eandem (sc. rem) non prohibetur ex causa lucrativa petere“, verglichen mit den Stellen der Note 5. a; b) daß jener Ausdruck in Betreff des in der Stelle unmittelbar entschiedenen Falls gar nicht einmal ungenau ist.

(I §. 123 Nr. 1, II §. 335 Nr. 2. §. 434 Note 18), auflösende Bedingung und Befristung (I §. 90. 96 a. E). Hier ist noch hinzuzufügen[1], daß ein Forderungsrecht möglicherweise auch durch einseitige Erklärung (Aufkündigung) sein Ende erreichen kann, sei es in dem Sinn, daß es schlechthin aufgehoben wird, sei es in dem Sinne, daß es nur für die Zukunft nicht mehr fortwirkt, während die von ihm bereits erzeugten Wirkungen bestehen bleiben.

---

[1] Natürlich können hier nur diejenigen Aufhebungsgründe genannt werden, welche eine allgemeinere Bedeutung haben. Zu denjenigen, welche von dieser Art nicht sind, zähle ich auch den Wegfall der Verbindlichkeit des Hauptschuldners als Grund der Aufhebung der Verbindlichkeit des Bürgen (§. 477 Nr. 1. b). §. 361.

[2] So ist z. B. ein unbedingtes gesetzliches Rücktrittsrecht dem Schuldner beim Auftrags- und Gesellschaftsvertrag, ein bedingtes beim Miethvertrag gestattet.

[3] Wenn der Gläubiger kein Interesse mehr an der Geltendmachung seines Forderungsrechtes hat, so wird er es eben nicht geltend machen; macht er es aber geltend, so beweist er gerade dadurch sein Interesse. Soll also der bezeichnete Satz überhaupt Sinn haben, so muß er nicht vom Interesse im Allgemeinen, sondern speciell vom Vermögensinteresse verstanden werden. Aber auch der Wegfall des Vermögensinteresse kann als Grund des Wegfalls des Forderungsrechtes nur auf Grund der Ansicht anerkannt werden, daß das Forderungsrecht zur wesentlichen Voraussetzung ein Vermögensinteresse des Gläubigers habe, und dieser Ansicht ist bereits oben (§. 251 Note 3) entgegengetreten worden. Nur wird im einzelnen Fall zu erwägen sein, ob nicht das Rechtsgeschäft, auf welchem das Forderungsrecht beruht, ein Forderungsrecht bloß zur Befriedigung des Vermögensinteresse des Gläubigers, und also nicht über die Dauer desselben hinaus habe begründen wollen. Und ferner kann natürlich die eintretende Unmöglichkeit der Leistung die Verwandelung des Forderungsrechtes in ein Forderungsrecht auf das Vermögensinteresse nur dann herbeiführen, wenn der Gläubiger ein Vermögensinteresse noch hat. Im classischen römischen Recht trat die Verwandelung des Forderungsrechtes in ein Forderungsrecht auf Leistung des Vermögensinteresse nicht bloß in Folge der Unmöglichkeit der Leistung, sondern bei jedem Urtheil ein, und so war für die Römer allerdings die Realisirbarkeit des Forderungsrechtes ganz allgemein an die Fortdauer des Vermögensinteresse des Gläubigers geknüpft. Im Einzelnen kommen hier folgende Stellen in Betracht. a) L. 14 pr. D. de cond. furt. 13. 1: die condictio furtiva fällt weg mit Wegfall des Eigenthums des Klägers: „nam nec petitoris iam interest, hominem recipere“, d. h. er kann keinen Vermögensschaden mehr liquidiren. Der eigentliche und auch für das heutige Recht vollkommen durchgreifende Grund der Entscheidung ist freilich der in der l. 13 cit. an zweiter Stelle genannte, daß „soli domino condictio competit“ (l. 1 eod.). b) L. 32 D. loc. 19. 2. „Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit, et eum fundum legavit: Cassius negavit, posse cogi

Ein solches Rücktrittsrecht kann auf Vertrag beruhen, oder auf gesetzlicher Vorschrift[2]. — Wenn gewöhnlich gelehrt wird, daß das Forderungsrecht auch durch den Wegfall des Interesse des Gläubigers aufgehoben werde, so kann dieß als begründet nicht anerkannt werden[3].

---

colònum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset". Die Stelle hat offenbar nur den Fall im Auge, wo der Erbe mit dem Vermächtnißnehmer keine Vereinbarung des Inhalts getroffen hat, daß dieser für die noch übrige Pachtzeit die Sache im Besitz und Genuß des Pächters lassen solle. Wollte er in diesem Fall gegen den Pächter, welcher die Pacht aufgibt und das Grundstück verläßt, klagend auftreten, so würde ihm dieser mit Recht entgegnen, daß der Erbe nicht im Stande sein würde, ihn im Besitz des Grundstücks zu erhalten. Und deßwegen hat der Erbe in der That kein Interesse daran, daß der Pächter nicht ausziehe. Nun ist es allerdings richtig, daß die Stelle den Mangel des Interesse als Grund, und nicht als Folge des Ausschlusses des Forderungsrechtes bezeichnet: aber wenn darnach unsere Erklärung dem Verfasser der Stelle eine Ungenauigkeit in der Gedankenausbildung vorwirft, so bedenke man auf der anderen Seite, ob man geneigt sein möchte, dem Erben die Rechte aus dem Pachtvertrag des Erblassers auch dann abzusprechen, wenn er in Folge einer Uebereinkunft mit dem Vermächtnißnehmer dem Pächter das Grundstück ganz in der Weise, wie dieser es zu fordern berechtigt ist, zur Verfügung stellt. Wovon für den Kauf l. 25 §. 1 loc. 19. 2 das Gegentheil sagt. Vgl. über diese vielbesprochene Stelle Glück XVIII S. 26 fg., Cropp in Heise und Cropp Abhandlungen II S. 297 fg., Mühlenbruch Cession S. 313 fg., Mommsen Erörterungen I S. 135, Sintenis Civilr. II §. 118 Anm. 116 (S. 665—666), Schmid Cession II S. 321 fg., Ziebarth Realexecution S. 147. c) L. 97 §. 1 D. de V. O. 45. 1. Die Entscheidung der Stelle beruht auf der Annahme, daß auf einen Fall, für welchen der Gläubiger an der Leistung kein Interesse hat, auch der Contractswille nicht gerichtet gewesen sei. Vielleicht hat gleichen Sinn auch l. 95 eod. Vgl. auch die Stellen, in welchen die Richtung des Vermächtnißwillens aus dem Interesse, welches diese oder jene Person an der Leistung habe, bestimmt wird: l. 69 §. 2 l. 49 §. 4—7 D. de leg. I° 30, l. 32 §. 1 D. de fideic. lib. 40. 5.

Zweites Kapitel.

Die einzelnen Forderungsrechte.

Uebersicht.

§. 362.

Unter den einzelnen Forderungsrechten setzen sich auf den ersten Blick zwei große Klassen ab: die Forderungsrechte aus Verträgen und die Forderungsrechte aus Vergehen (Delicten). Die übrigen Forderungsrechte haben zum Theil eine unverkennbare Verwandtschaft mit Forderungsrechten, welche aus Verträgen, oder mit solchen, welche aus Vergehen entspringen, und sind daher im Anschluß an die Vertrags- und Vergehensobligationen darzustellen. Jedoch fügen sich nicht alle Forderungsrechte ohne Zwang in eine solche Anlehnung; von denjenigen, welche es nicht thun, ist daher in einer besonderen Abtheilung zu handeln. Endlich aber ist es angemessen, einer besonderen Betrachtung diejenigen Forderungsrechte zu unterwerfen, welche auf Grund einer in der Person eines Dritten begründeten Obligation zustehen. Ganz ausgeschlossen bleiben hier diejenigen Forderungsrechte, welche im Zusammenhang des Sachen-, Familien- oder Erbrechtes eine passendere Stelle finden[1].

---

[1] Wenn man von einem „System" der einzelnen Forderungsrechte (des „speciellen Obligationenrechtes") spricht, so wird man nicht vergessen dürfen, daß es sich hier nicht um die Aufweisung des Zusammenhangs von Begriffen, sondern um die Darstellung einer Reihe von thatsächlich vorhandenen rechtlichen Erscheinungen handelt. Diese Erscheinungen haben ihren Grund in den Bedürfnissen und Interessen des menschlichen Lebens, und daher wird bei der Anordnung derselben für die Darstellung den obersten Gesichtspunkt immer das Verhältniß bilden müssen, in welchem sie zu den Bedürfnissen und Interessen des menschlichen Lebens stehen. Hiernach ergibt sich die Eintheilung in Forderungsrechte aus Verträgen (Nr. I) und Forderungsrechte aus Vergehen (Nr. III) von selbst. (An die Stelle der Rubrik „Verträge" würde die Rubrik „Rechtsgeschäfte" zu setzen sein, wenn nicht die einseitigen Willenserklärungen, abgesehen von dem in das Erbrecht gehörenden Vermächtniß, für die Erzeugung von Forderungsrechten nach römischem Recht nur eine verschwindende §. 362.

I. Forderungsrechte aus Verträgen.

Uebersicht.

§. 363.

Die einzelnen Verträge unterscheiden sich durch die Verschiedenheit ihres Inhalts. Es ist aber weder nöthig, noch ausführbar, von jedem möglichen Vertragsinhalt besonders zu handeln; die einzelnen Verträge sind in Betreff der für sie geltenden Rechtsregeln in erster Linie zu verweisen an die allgemeinen Grundsätze über die Verträge und die Obligationen überhaupt. Von der andern Seite gibt es allerdings Verträge, von denen Besonderes

---

Bedeutung hätten, so daß von ihnen ausreichend schon im allgemeinen Theil des Obligationenrechtes gehandelt werden konnte [§. 304]). Man wird sich aber ferner auch der Betrachtung nicht verschließen dürfen, daß z. B. die Obligation aus ungerechtfertigtem Haben, abgesehen davon, daß sie nicht aus Vertrag entsteht, ganz dieselbe Natur hat, wie die Obligation aus dem Empfange eines Darlehns, die Obligation aus der freiwilligen Geschäftsführung dieselbe Natur, wie die Obligation aus der Uebernahme eines Auftrags; daß ferner z. B. die Verpflichtung auf Schadensersatz, welche aus der Nichtreparatur eines baufälligen Gebäudes entsteht, wenngleich Nichtreparatur eines Gebäudes nicht geradezu Delict ist, doch eine unverkennbare Verwandtschaft hat mit der Verpflichtung auf Schadensersatz z. B. aus Zwang und Betrug. Man wird sich daher dem Vorwurf, das natürlich Zusammengehörige auseinandergerissen zu haben, nicht entziehen können, wenn man die Darstellung der condictiones sine causa und der negotiorum gestio nicht mit den Vertragsobligationen, die Darstellung der Lehre vom damnum infectum nicht mit den Delictsobligationen in Zusammenhang bringt. Wie weit man in der Anerkennung einer solchen Verwandtschaft gehen will, darüber zu entscheiden, wird in letzter Linie Sache des Tactes sein. Daß eine solche Verwandtschaft nicht in allen Fällen vorhanden ist, z. B. bei der Alimentationsverbindlichkeit, bei der Verbindlichkeit aus den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen, liegt auf der Hand; hieraus rechtfertigt sich die hier gemachte vierte Abtheilung (Nr. IV). Auch darüber wird man dem individuellen Ermessen die Entscheidung gestatten müssen, ob die Obligationen aus vertrags- und delictsähnlichen Gründen neben ihre Vorbilder unter den Vertrags- und Delictsobligationen gestellt, oder ob aus ihnen besondere Rubriken gebildet werden sollen. Hier ist der erste Weg in Betreff der Obligationen aus delictsähnlichen Gründen, der zweite in Betreff der Obligationen aus vertragsähnlichen Gründen gewählt worden (Nr. II). Die fünfte hier gemachte Abtheilung (Nr. V) endlich bildet einen Gegensatz zu

zu sagen ist; diese sind hier darzustellen. Die Anordnung, welche dabei zu Grunde gelegt wird, ist folgende. Zuerst wird gehandelt von dem reinen Vertrag, dem Vertrag, welcher sich unabhängig von seinem Bestimmungsgrund gemacht hat. Sodann folgen: a) der Schenkungsvertrag, — der Vertrag, welcher seinen Grund darin hat, daß Jemandem eine Vermögenszuwendung schlechthin gemacht werden soll; b) die Verträge auf Rückgabe, — die Verträge, welche dadurch abgeschlossen werden, daß etwas mit der Auflage der Rückgabe hingegeben wird; c) die Verträge auf Umsatz, oder die Tauschverträge im weiteren Sinn, — die Verträge, durch welche der Umtausch eines Vermögenswerthes, Sache oder Arbeit, gegen einen andern vermittelt werden soll. An sie schließt sich an d) der Gesellschaftsvertrag, welcher zwar ebenfalls auf gegenseitige Leistung gerichtet ist, aber zu dem speciellen Zweck, um dadurch eine Vermögensgemeinschaft zu begründen. Sodann machen noch eine besondere Betrachtung nöthig: e) der Auftragsvertrag, — der Vertrag, welcher zum Gegenstand eine Dienstleistung hat, die nicht als Tauschgegenstand verwerthet wird; f) die auf Beseitigung einer rechtlichen Ungewißheit gerichteten Verträge, und endlich g) die Glücksverträge, — die Verträge, in welchen die Gefahr eines Verlustes gegen die Möglichkeit eines Gewinnes übernommen wird[1].

---

allen vorhergehenden Abtheilungen; sie handelt von der möglichen Hinüberwirkung der in einer Person begründeten Obligation auf eine andere Person — Es braucht nicht erst bemerkt zu werden, daß die hier entwickelte Anordnung in ihren Grundsätzen dieselbe ist, welche in den Justinianischen Institutionen befolgt ist (obligationes ex contractu, quasi ex contractu, — ex maleficio, quasi ex maleficio [vgl. §. 302 Note 1]). Die Anordnung in den heutigen Systemen ist eine sehr verschiedene, obgleich der Gegensatz zwischen Vertrags- und Delictsobligationen den meisten zu Grunde liegt (verwischt ist er in dem System von Heise, welches als Eintheilungsgrund den Inhalt §. 363.
der Leistung durchführt). Vgl. den Aufsatz von v. d. Pfordten Abhandlungen Nr. 4 (welcher selbst innerhalb des Gegensatzes zwischen Verträgen und Delicten unterscheidet, ob die begründende Thatsache einseitig oder zweiseitig wirkt), ferner Sintenis II §. 95 Anm. 1.

[1] Auch bei der Anordnung der einzelnen Verträge ist möglichst Rücksicht genommen worden auf die Stellung, welche sie im Leben einnehmen. Diesem Gesichtspunkt gegenüber ist selbst die Scheidung der Verträge in einseitige und zweiseitige (gegenseitige) nicht aufrecht erhalten worden. Es scheint mir z. B. auf der Hand zu liegen, daß der Schiedseidvertrag mit dem Vergleich zu-

A. Der reine Vertrag.

§. 364.

Der reine Vertrag ist der Vertrag, welcher sich von seinem Bestimmungsgrund losgelöst hat (§. 318 Nr. 2, §. 319). In dem reinen Vertrag gibt der Versprechende die Erklärung schlechthin ab, daß er zu dieser oder jener Leistung verpflichtet sein wolle. In Folge davon ist der Grund, welcher ihn zu dem Versprechen bestimmt hat, nicht maßgebend für den Inhalt der durch das Versprechen für ihn begründeten Verbindlichkeit; dieser Inhalt muß lediglich aus dem Wortlaut der schuldnerischen Erklärung entnommen werden[1], obgleich andererseits Auslegung dieser Erklärung, d. h. Darlegung des mit den gebrauchten Worten wirklich Gemeinten, nicht ausgeschlossen ist[2]. Der Bestimmungsgrund des Versprechens hat für dasselbe nur insofern Bedeutung, als bei Ermangelung des Bestimmungsgrundes, d. h. wenn die Vorstellung von demselben der Wirklichkeit nicht entspricht, das Versprechen nach den Grundsätzen der Lehre von der Voraussetzung (I §. 97 fg.) angefochten werden kann. Daß eine bestimmte Form für die Gültigkeit des reinen Vertrages nicht erforderlich ist, und ebenso wenig Namhaftmachung des Bestimmungsgrundes, ist bereits oben (§. 319 Note 2, §. 318 Note 4) bemerkt worden, so wie daselbst auch schon der Zweifel zurückgewiesen worden ist, ob der reine Vertrag für das heutige Recht überhaupt als rechtsverbindlich anerkannt werden dürfe (§. 318 Note 3). Einen An-

---

sammengehört, obgleich jener ein einseitiger und dieser ein gegenseitiger Vertrag ist.

§. 364. [1] Aus dem reinen Vertrag wurde bei den Römern eine actio stricti iudicii (iuris) gegeben, d. h. der iudex wurde auf ein oportere schlechthin verwiesen, während bei den individuell characterisirten Verträgen der Nothwendigkeit, den eigentlichen Inhalt der schuldnerischen Verpflichtung mit Rücksicht auf den Bestimmungsgrund des Vertrages festzustellen, dadurch Rechnung getragen wurde, daß dem iudex durch Verweisung auf ein oportere ex fide bona eine größere Freiheit des Ermessens eingeräumt wurde.

[2] Auslegungen von Stipulationen finden sich in unseren Quellen zahlreich. Vgl. z. B. l. 8 l. 41 pr. l. 81 pr. l. 94 l. 118 §. 1 l. 122 §. 4 l. 126 §. 2 l. 135 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 4 pr. D. de usur. 22. 1. Vgl. auch Bähr Anerkennung S. 59—60 (63—64).

wendungsfall des reinen Vertrages bildet auch das Schuldbekenntniß, wenn dasselbe zum Zwecke der Begründung einer Verpflichtung abgegeben wird[3]. Unter allen Anwendungsfällen des reinen Vertrages aber würden für das heutige Recht die ohne allen Vergleich wichtigsten die Geschäfte auf Begründung einer Inhaber- und Ordrepapier-Forderung sein, wenn es feststünde, daß diese Geschäfte wirklich Verträge sind[4].

B. Die Schenkung*.

1. Begriff.

§. 365.

Schenkung im weiteren Sinn ist jede nicht testamentarische[1] Vermögenszuwendung[2], durch welche: a) das Vermögen des Em-

---

[3] Nicht zum Zweck der Feststellung einer bestehenden Verpflichtung. Also wenn es abgegeben wird in Kenntniß davon, daß eine Verpflichtung nicht bestehe, oder daß die bezeugte verpflichtende Thatsache (z. B. Empfang eines Darlehns) nicht wahr sei. Vgl. §. 412[a] Note 2 a. E., §. 412[b] Note 1. Auch §. 354 Note 2. Bähr Anerkennung 2. Aufl. §. 62[a]. Seuff. Arch. V. 127 (§. 370 Note 11), XIII. 17, XVI. 255, XVII. 236.

[4] S. §. 304 Note 10.

* Inst. 2. 7 Dig. 39. 5 Cod. 8. 54 de donationibus. — v. Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht. 1. Bd. 1835, 2. Bd. 1. Abth. 1837. Savigny System IV §. 142—176. Schilling Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts III S. 741—977. Vangerow I §. 121—125, Sintenis I §. 23. II §. 110, Böcking I §. 106, Unger II §. 95—99. Vgl. auch Unterholzner II S. 494 fg. §. 365.

[1] In uneigentlichem Sinne wird auch das Vermächtniß eine Schenkung genannt. L. 36 D. de leg. II° 31, §. 1 I. de leg. 2. 20.

[2] In uneigentlichem Sinne wird auch von einer Schenkung der Freiheit, der Civität gesprochen. Meyerfeld §. 7 Note 1; Gai. I. 94, III. 20. Eben so uneigentlich ist es, wenn in l. 14 D. de prec. 43. 26 das Precarium unter den Gesichtspunkt der Schenkung gestellt wird (vgl. auch l. 17 §. 3 D. commod. 13. 6), da in dem Gewähren des Gebrauchs einer Sache, wenn nicht dadurch dem Empfänger eine Ausgabe erspart wird, die er sonst gemacht haben würde (Note 14), wenngleich eine Diensterweisung, doch keine Vermögenszuwendung liegt. Wie mit der Gewährung des Gebrauchs von Sachen, verhält es sich auch mit der Gewährung des Gebrauchs von Diensten oder mit der Leistung von Diensten, vorausgesetzt, daß durch dieselben Eigenthum nicht ver-

pfängers vermehrt wird[3]; b) deren Bestimmungsgrund für den Zuwendenden die Absicht ist, das Vermögen des Empfängers zu vermehren[4]; und die c) von dem Empfänger als eine in dieser

schafft (Specification), oder vorhandenes Eigenthum im Werth gesteigert wird (l. 31 pr. §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). Vgl. auch Voigt condictiones ob causam S. 426. 429. 430.

[3] Eine Vermögenszuwendung enthält eine Vermehrung des Vermögens (Bereicherung) des Empfängers dann nicht, wenn sie mit einer entsprechenden Vermögensaufopferung für denselben verbunden ist. Von dieser Art ist das Leisten des Schuldners an den Gläubiger zum Zweck der Erfüllung seiner Verbindlichkeit (über den Fall der natürlichen Verbindlichkeit s. §. 288 Note 8, §. 289 Note 5. 10); das Leisten gegen entsprechende Gegenleistung oder mit Auferlegung einer solchen (— ist die Gegenleistung nicht entsprechend, so liegt theilweise Schenkung vor, l. 38 D. de contr. emt. 18. 1, l. 5 §. 5 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 —); das Leisten mit Auferlegung der Rückgabe des Empfangenen an den Geber (z. B. Darlehn), oder der Weitergabe an einen Dritten (s. darüber l. 5 §. 9 D. de I. D. 23. 3, l. 49 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, vgl. l. 34 eod.), oder einer sonstigen Wiederausscheidung aus dem Vermögen (z. B. Freilassung des geschenkten Sclaven, l. 18 §. 1 D. h. t.); das Leisten unter der Bedingung der Wiederausscheidung aus dem Vermögen des Empfängers, so daß das Gegebene erst in und mit der Wiederausscheidung in das Vermögen des Empfängers eintreten soll (in dieser Weise wird aufrechterhalten die verbotene Schenkung zum Zweck der Wiederausscheidung, l. 5 §. 8—12 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 7 §. 8. 9 l. 8 l. 9 pr. eod., l. 22 C. eod. 5. 16, Ulp. VII. 1, Paul. R. S. II. 23 §. 2). In den zuletzt genannten Fällen kann aber eine Bereicherung für den Empfänger durch den Genuß der Zwischenzeit oder die Ersparung einer Ausgabe bewirkt werden. S. l. 18 §. 1 D. h. t., l. 49 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 und Note 14. — Eine Bereicherung liegt ferner nicht darin, daß einem Gläubiger für das, was er zu fordern hat, Bürgschaft geleistet oder ein Pfand gegeben wird, selbst dann nicht, wenn der Schuldner insolvent ist (es würde ja auch keine Bereicherung des Gläubigers sein, wenn demselben für den insolventen Schuldner sogleich gezahlt würde). Ebensowenig liegt eine Bereicherung des Schuldners darin, daß der Gläubiger ihm das bestellte Pfand erläßt. L. 1 §. 19 D. si quid in fraud. patr. 38. 5; l. 1 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 18 D. quae in fraud. cred. 42. 8, l. 11 C. ad SC. Vell. 4. 29. Vgl. Dernburg Pfandr. I S. 169—174.

[4] Schenkung ist die Bereicherung um der Bereicherung willen. Dasjenige, was durch die Bereicherung erreicht werden soll, ist nicht etwas außer ihr Liegendes, sondern eben das Reicherwerden des Empfängers. In diesem Sinne enthält jede Schenkung eine „liberalitas“. L. 1 pr. D. h. t. „Dat aliquis . . propter nullam aliam causam . . ., quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat; haec proprie donatio appellatur“. S. auch l. 1 §. 1 eod. Es ist aber mit dem Bestimmungsgrund der Bereicherung, welcher die-

Absicht gemachte angenommen wird[5]. Im engeren Sinne[5a] ist Schenkung nur diejenige Vermögenszuwendung der bezeichneten

selbe zur Schenkung macht, nicht zu verwechseln der Bestimmungsgrund der Schenkung selbst, d. h. der Grund, aus welchem die Absicht gefaßt wird, einen Andern zu bereichern, um ihn zu bereichern. Dieser Grund kann möglicherweise Wohlwollen gegen den Empfänger sein; aber auch die Erwartung, daß dadurch ein egoistischer Zweck werde gefördert werden, oder Eitelkeit, oder die Macht der öffentlichen Meinung, oder widerrechtlicher Zwang eines Dritten, oder irgend ein anderer, — für den Begriff der Schenkung ist das gleichgültig. Das Gesagte läßt sich auch so ausdrücken: die Schenkung ist eine Bereicherung, deren erste Absicht das Reicherwerden des Empfängers ist; auf die hinter dieser Absicht stehenden ferneren Absichten kommt es nicht an (I §. 98). — Beispiele von Fällen, in denen zwar eine Bereicherung vorliegt, aber keine Schenkung, weil die erste Absicht der Bereicherung nicht auf das Reicherwerden des Empfängers gerichtet ist, sind folgende: Leistung condicionis implendae gratia (Absicht: Erwerb der ausgesetzten testamentarischen Zuwendung); vergleichsweiser Erlaß eines Theils der Forderung (Absicht: sich die Leistung des übrigen Theils zu sichern). Gehört auch das Geben einer Dos hierher? S. §. 492 Note 4. — Die Quellen bezeichnen die zur Schenkung nöthige Absicht einfach als donandi animus. Vgl. Meyerfeld I S. 7. 8. Eine sehr ungenügende Begriffsbestimmung gibt l. 29 pr. D. h. t. (l. 82 D. de R. I. 50. 17): „Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur". Darnach wäre z. B. auch das Geben eines Darlehns Schenkung.

[5] Die Schenkung ist also ein Vertrag. L. 19 §. 2 D. h. t. „Non potest liberalitas nolenti acquiri". L. 18 pr. D. de R. C. 12. 1. „Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit, donationem non esse". A. M. Meyerfeld §. 6, Savigny §. 160, welche die Ansicht vertreten, daß die Schenkung Annahme von Seiten des Beschenkten nur insofern erfordere, als ohne Annahme die Vermögenszuwendung, durch welche die Schenkung vollzogen wird, nicht zu Stande kommen kann, also allerdings z. B. die Schenkung durch Eigenthumsübertragung (l. 10 D. h. t., l. 55 D. de O. et A. 44. 7), nicht aber z. B. die Schenkung durch Bezahlung einer fremden Schuld (l. 7 §. 7 l. 50 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1 in Verbindung mit l. 23 D. de sol. 46. 3), durch Nichtunterbrechung einer Verjährung (l. 5 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1), durch absichtlich schlechte Führung eines Processes (l. 5 §. 7 eod.); vgl. auch Schilling §. 349 Nr. 3. Gegen diese Ansicht haben sich ausgesprochen Puchta Instit. II §. 205. p, Böcking a. a. O. Note 12, Unger S. 195—197, Vangerow S. 176. 177. Ich halte für entscheidend nicht die citirte l. 19 §. 2 D. h. t., die allenfalls von dem gewiß gewöhnlichsten Fall der Schenkung, der Schenkung durch Eigenthumsübertragung, verstanden werden kann, auch nicht l. 44 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, wo die entscheidenden Worte („et hoc et mulier noverit") auf eine Eigenthumsübertragung (nach I §. 172 Note 22) hinweisen („interrumpetur possessio", im Gegensatz zu l. 5 §. 6 eod., wo die

Art, durch welche zugleich das Vermögen des Zuwendenden in entsprechender Weise vermindert wird[6].

Die Vermögenszuwendung, durch welche die Schenkung vollzogen wird, kann in der verschiedensten Weise erfolgen; im Einzelnen: durch Verschaffung des Eigenthumsrechtes[7], Verschaffung eines

Verjährung fortläuft, Savigny S. 576): wohl aber die citirte l. 18 pr. D. de R. C., deren Erklärung durch Savigny (S. 157 vv. Ein zweyter Irrthum), wie mir scheint, offensichtlich ungenügend ist. Dieser Stelle gegenüber müssen sich l. 5 §. 6. 7 l. 7 §. 7 l. 50 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1 die Hineintragung gefallen lassen, daß die Annahme des Beschenkten in ihnen vorausgesetzt werde.

[5a] Das juristische Interesse des Begriffs der Schenkung im engeren Sinn liegt darin, daß nur auf die letztere sich die positiven Beschränkungen der Schenkung (§. 367) beziehen.

[6] Durch welche, wie der Empfänger „locupletior", so der Geber „pauperior" wird. L. 25 D. de don. i. v. e. u. 24. 1: — „nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit". L. 5 §. 8. 16 D. eod. Schenkung im engeren Sinn ist daher nicht die Ausschlagung oder sonstige Verhinderung eines Erwerbes, um den Gegenstand desselben einem Andern zuzuwenden oder nicht zu entziehen: l. 5 §. 13. 14 l. 31 §. 7 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Vgl. l. 1 §. 6 D. si quis in fraud. patr. 38. 5, l. 6 pr. — §. 5 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Wie aber, wenn Jemand auf die Nutzung eines Vermögensstückes zu Gunsten eines Andern verzichtet: liegt auch darin keine Vermögensverminderung? Das Verhältniß ist doch hier ein anderes: das Vermögen ist dazu da, Ertrag zu gewähren, und gewährt ihn mit einer derartigen Sicherheit, daß auch der künftige Ertrag gleichsam schon jetzt Vermögensbestandtheil ist. So wird denn auch der Verzicht auf die Nutzung als Schenkung im engeren Sinne behandelt in l. 9 §. 1 (auch wohl im pr.) D. h. t., l. 20 C. de I. D. 5. 12, l. 8 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, l. 49 D. eod. 24. 1, l. 21 §. 1 l. 54 D. eod.; abweichend freilich entscheiden in Betreff der Zinsen l. 23 pr. D. h. t (vgl. übrigens auch Unger §. 95 Note 17), l. 31 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Eine andere Frage ist es, ob auch dasjenige, was der Beschenkte von dem geschenkten Gegenstand an Nutzungen zieht, als Schenkung angesehen werden soll; die Frage ist deßwegen eine andere, weil auf diese Nutzungen der Schenkungswille wenigstens nicht unmittelbar gerichtet war. Diese Frage wird denn auch verneint in l. 9 §. 1 l. 11 D. h. t., l. 7 §. 3 i. f. l. 15 §. 1 l. 16 l. 17 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 9 §. 1 eod., l. 62 D. sol. matr. 24. 3; nur für die fructus industriales wird sie verneint in l. 45 D. de usur. 22. 1, bejaht für den Sclavenerwerb in l. 17 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (l. un. C. si dos 5. 19 handelt gar nicht von diesem Fall, sondern von der Schenkung der Nutzung als solcher). Vgl. Savigny S. 35 fg.

[7] Der häufigste und wichtigste Fall der Schenkung, weßwegen die Insti-

Rechtes an fremder Sache[8], Verschaffung des Besitzes[9], Verschaffung eines Forderungsrechtes[10], Befreiung von einer Eigenthumsbeschränkung[11], Befreiung von einer Schuld[12]. Auch dadurch kann eine Schenkung vollzogen werden, daß die Sache eines Andern werthvoller gemacht, oder gegen eine Werthminderung geschützt wird[13]; ferner dadurch, daß ihm eine Ausgabe erspart wird[14]. Ob die

---

tutionen die Schenkung geradezu als Eigenthumserwerbart darstellen. (Verschaffung des Eigenthums durch Specification: l. 31 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1.)

[8] L. 17 D. comm. praed. 8. 4, l. 1 §. 7 D. de superf. 43. 18, §. 3 I. de loc. 3. 24.

[9] Daß auch in der Verschaffung des bloßen Besitzes eine Schenkung liege, sagt l. 46 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. „Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est", d. h. der Ehegatte, welcher dem andern Ehegatten eine fremde Sache schenkt, kann den Besitz derselben zurückfordern (condicere, l. 6 eod., vgl. l. 1 §. 4 D. de acq. vel am. poss. 41. 2). Auch in anderen Beziehungen wird der bloße Besitz als Vermögensvermehrung, und auf Grund davon als Gegenstand der Rückforderung behandelt, s. §. 421 Note 7. Vgl. hierzu Brinz S. 654, Randa der Besitz nach österr. Recht §. 3 Note 21. — Zu der cit. l. 46 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 stimmen l. 25 eod. und l. 3 D. pro donato 41. 6 insofern nicht, als in diesen Stellen die Schenkung einer fremden Sache als mögliche Grundlage der Ersitzung deßwegen bezeichnet wird, weil eine solche Schenkung den Schenkenden nicht ärmer und den Empfänger nicht reicher mache, und daher zwischen Ehegatten gültig sei. S. darüber I §. 178 Note 7.

[10] Gegen den Schenker oder gegen einen Dritten. Ueber den zweiten Fall s. l. 2 pr. §. 1. 2 l. 21 §. 1 l. 33 §. 3 D. h. t., l. 11 C. eod., l. 52 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1; l. 34 pr. D. h. t., l. 11 D. de dote prael. 33. 4; l. 35 §. 2 D. h. t. (vgl. §. 313 Note 3. 6); l. 33 i. f. D. de I. D. 23. 3, l. un. §. 13 C. de rei ux. act. 5. 13; l. 2. 3. 33 C. h. t.

[11] L. 17 D. comm. praed. 8. 4.

[12] L. 17 D. h. t., l. 1 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6; l. 7 §. 7 l. 50 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 21 pr. D. h. t., l. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4, l. 33 D. de nov. 46. 2; l. 31 §. 1. 4 D. de m. c. don. 39. 6.

[13] L. 14 D. h. t., l. 2 i. f. C. de R. V. 3. 32; l. 31 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (erster Fall; in demselben ist Schenkung vorhanden, aber keine verbotene Schenkung zwischen Ehegatten, l. 28 §. 2 eod.), l. 31 §. 10 eod. (Note 14).

[14] L. 9 pr. D. h. t. „In aedibus alienis habitare gratis, donatio videtur. Id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit". Eine strengere Auffassung wird jedoch in Betreff des Verbotes der Schenkung zwischen Ehegatten durchgeführt; l. 5 §. 8 D. de don. i. v. e. u. 24. 1: — „nec moveat quemquam, quod emeret, nisi a

Vermögensvermehrung unmittelbar hervorgebracht wird, oder durch die Vermittelung von Mittelgliedern, welche der Schenker in Thätigkeit setzt, ist gleichgültig[15]; von der letzteren Art ist im Besonderen der Fall, wo der Schenker dem zu Beschenkenden durch die Leistung eines Andern verschafft, was er ihm schenken will[16]. Ebenso ist es gleichgültig, ob die Vermögensvermehrung unmittelbar in der Person des Beschenkten hervorgebracht wird, oder in der Person eines Dritten[17].

Ueber die Gründe, welche die hier angenommene Stellung der Schenkung im Systeme rechtfertigen, s. die Note[18].

---

marito accepisset; nam etsi pauperior ea fieret, nisi maritus dedisset, non tamen idcirco fit locupletior, quod non expendit", vgl. auch l. 5 §. 17 eod. Bei der Bestimmtheit, mit welcher l. 5 §. 8 cit. redet, darf aus l. 50 §. 1 eod. vv. *quod aliter emturus non fuit* ein argumentum a contrario nicht gezogen werden. In Widerspruch steht auch nicht l. 31 §. 10 D. eod., welche Stelle es für eine verbotene Schenkung erklärt, wenn die Frau die Ernährung der Sclaven des Mannes aus ihrem Vermögen besorgt. Die Bereicherung des Mannes besteht hier nicht in der ihm ersparten Ausgabe, sondern darin, daß er gegen den Verlust der Sclaven geschützt wird. — Savigny (§. 151. g) will die Ersparung einer Ausgabe überhaupt nur dann als Schenkung anerkennen, wenn die Ausgabe eine nothwendige sei. Er beruft sich auf l. 47 §. 1 D. de sol. 46. 3, welche Stelle aber von nothwendigen Ausgaben nur in dem Sinne spricht, daß es bei ihnen vollkommen sicher ist, daß sie ohne die Dazwischenkunft des Dritten aus eigenem Vermögen gemacht worden sein würden.

[15] Beispiele mittelbarer Hervorbringung der Vermögensvermehrung: Gewährung der Befugniß, die Früchte einer Sache oder die Zinsen eines Kapitals für sich zu ziehen (l. 9 §. 1 l. 6 D. h. t., l. 9 pr. eod.); absichtliche Führung eines Processes in der Weise, daß ein ungünstiges Urtheil erfolgen muß (l. 5 §. 7 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 1 §. 7 D. si quid in fraud. patr. 38. 5); Nichtunterbrechung einer Verjährung (l. 5 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, vgl. l. 3 §. 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8; über l. 44. D. de don. i. v. e. u. s. oben Note 5 und Savigny Zeitschr. f. gesch. RW. I. 10 und System IV S. 570 fg., Bacher Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 184 fg.; vgl. übrigens auch im Allgemeinen Savigny System IV Beil. IX).

[16] L. 34 §. 7 D. de sol. 46. 3, l. 19 §. 3 D. h. t., l. 21 §. 1 D. eod., l. 2 §. 2 l. 33 §. 3 eod. Vgl. §. 412 Note 9.

[17] L. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 15 §. 2 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 pr. l. 2 §. 2 l. 33 §. 3 D. h. t. Vgl. §. 412 Note 9.

[18] Die Institutionen stellen, wie bemerkt (Note 7), die Schenkung in die Lehre vom Eigenthumserwerb. Dieß ist gewiß unrichtig, da die Schenkung, auch abgesehen davon, daß sie nicht bloß durch Eigenthumsübertragung voll-

2. Verbindlichkeiten.

§. 366.

Die Schenkung erzeugt eine Verbindlichkeit nicht in jedem Fall. Sie erzeugt eine Verbindlichkeit: 1) dann, wenn die Absicht der Schenkung lediglich auf die Erzeugung einer Verbindlichkeit gerichtet ist, wenn der Schenker dadurch schenken will, daß er sich zum Schuldner macht. 2) Jede andere Schenkung erzeugt eine

---

zogen werden kann, eben nur durch Eigenthumsübertragung vollzogen werden kann, nicht aber Eigenthumserwerbart ist. Nach der jetzt herrschenden Meinung soll die Schenkung in den allgemeinen Theil des Systems (in die allgemeine Lehre von den Rechtsgeschäften) gehören. Diese Ansicht ist zuerst von Puchta (System des gemeinen Civilrechts [1832] §. 35) aufgestellt, und durch Savigny a. a. O. S. 2 fg zur allgemeinen Anerkennung gebracht worden; ihr folgen Sintenis I S. 199 Note 1, Vangerow I S. 177, Arndts §. 80 Anm. 5, Keller S. 123, Brinz §. 102, Unger S. 200, und als richtig erkennt sie auch Schilling S. 782 an. Trotz dieser Autoritäten kann ich mich von ihrer Richtigkeit nicht überzeugen. Sie stützt sich darauf, daß die Schenkung nicht „ein einzelnes Rechtsgeschäft" sei, sondern „ein allgemeiner Character, welchen die verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können" (Savigny S. 3). Ich möchte zunächst fragen, ob man, wenn man nicht für die Lehre von der Dos einen auch meiner Ansicht nach durchaus passenden Platz im Familienrechte hätte, auch sie in den allgemeinen Theil zu stellen geneigt sein würde? Und doch gilt für die Bestellung einer Dos ganz das Gleiche, wie für die Schenkung; auch sie kann durch Acte der verschiedensten Art vollzogen werden. Aber man nehme auch nur den Kauf; kann man nicht verkaufen, so gut wie eine Sache, auch eine Dienstbarkeit, eine Forderung, eine Liberation? Man sage nicht, daß der Verkauf das Versprechen einer Vermögensleistung sei, nicht eine Vermögensleistung. Der Verkauf ist an und für sich nicht das Eine und nicht das Andere. Der Verkauf ist die Erklärung, daß man — gegen ein Aequivalent in Geld — ein Stück aus seinem Vermögen ausscheide, und in das Vermögen des Käufers hineinsetze. Genügt diese Erklärung zur Bewirkung der gewollten Vermögensversetzung, so ist der Kauf wirkliche Vermögensleistung; genügt sie nicht, so begründet der Kauf die Verpflichtung, zu der abgegebenen Erklärung zu stehen und dasjenige hinzuzuthun, was zur Realisirung der in ihr bezeichneten Vermögensversetzung erforderlich ist (also z. B., wenn eine körperliche Sache verkauft worden ist, Tradition). Und nicht anders verhält es sich mit der Schenkung. Auch die Schenkung enthält die Erklärung einer Vermögensversetzung, nur nicht einer Vermögensversetzung gegen eine Gegenleistung, und die Schenkung ist wirkliche Bewirkung der Vermögensversetzung und Sichanheischigmachen zur Bewirkung derselben unter den nämlichen Voraussetzungen, unter welchen der Kauf es ist. Die Schenkung ist gerade so sehr und gerade so wenig „ein allgemeiner Cha-

Verbindlichkeit dann, wenn die Vermögenszuwendung, auf welche sie gerichtet ist, nicht durch die Schenkung selbst sogleich zur Vollendung gebracht ist; sie erzeugt in diesem Fall die Verbindlichkeit, dasjenige, was zur Vollendung der Vermögenszuwendung nöthig ist, hinzuzuthun: namentlich also erzeugt die Schenkung von körperlichen Sachen die Verbindlichkeit zur Tradition[1].

---

racter" von Rechtsgeschäften, wie der Kauf es ist; d. h. sie ist es nicht, wie der Kauf es nicht ist, sie ist ein concretes, ein „einzelnes" Rechtsgeschäft, wie dieser. Indem man die Schenkung einen allgemeinen Character nennt, welchen „die verschiedensten Rechtsgeschäfte" annehmen können, dreht man, wie mir scheint, das wahre Verhältniß geradezu um. Diese „verschiedensten Rechtsgeschäfte" sind nichts real Existirendes; es wird nie eine Eigenthumsübertragung, eine Forderungsbegründung, eine Liberation als solche gemacht; in der Wirklichkeit gibt es nur Eigenthumsübertragungen ꝛc. aus diesem oder jenem Bestimmungsgrund, mit diesem oder jenem „Character". Der „Character" ist es, welcher den Act aus der Abstraction in die Realität hinüber zieht, und einer dieser möglichen Realität schaffenden „Charactere" ist die Schenkung. (Vgl. hierzu auch v. Salpius Novation und Delegation S. 215 fg.) — Aus diesen Gründen bin ich zu derjenigen Stellung der Schenkung im System zurückgekehrt, welche vor Puchta und Savigny die gewöhnliche war, und stelle sie unter dem Gesichtspunkt eines Obligationen erzeugenden Rechtsgeschäfts dar. Man darf dabei nur nicht vergessen, was so eben hervorgehoben wurde, daß die Schenkung nicht bloß dann eine Verbindlichkeit zu erzeugen im Stande ist, wenn sie auch äußerlich als Versprechen auftritt. Jede Schenkung erzeugt möglicherweise eine Verbindlichkeit, — sobald nämlich der Effect der Schenkungserklärung dem Inhalt der Erklärung nicht entspricht. Möglicherweise, wenn ein solches Entsprechen vorliegt, erzeugt sie eine Verbindlichkeit nicht; aber möglicherweise, in demselben Fall, erzeugt auch der Kauf eine Verbindlichkeit nicht. Nun kommt allerdings hinzu, daß dasjenige, was von der Schenkung abgesehen von der durch sie erzeugten Verbindlichkeit rechtlich auszusagen ist, an Umfang und Wichtigkeit das über die Schenkungsverbindlichkeit zu Sagende übertrifft; aber diese Inconcinnität ist eben nicht zu vermeiden. Würde man, wenn es in Betreff des Darlehns außer dem SC. Macedonianum noch drei oder vier andere beschränkende Vorschriften gäbe, die Lehre vom Darlehn deßwegen weniger in das Obligationenrecht stellen wollen? Die vollkommen richtige Stellung der Schenkung wäre in einem Rechtstheile, welcher die concreten Thatsachen, auf denen die Vermögensbewegung beruht, als solche, abgesehen davon, ob sie eine Verbindlichkeit erzeugen oder nicht, darstellte. Einen solchen Rechtstheil zu bilden, schlägt Meyerfeld S. 89—92 vor. Ich halte diesen Vorschlag deßwegen nicht für zweckmäßig, weil in diesem Rechtstheil doch in weit überwiegendem Maße nur von Obligationen die Rede sein würde. — Vgl. auch noch §. 413 Note 13.

§. 366. [1] Vgl. I. 365 Note 18. Gerade diesen Fall hatte Justinian im Auge,

Die Verbindlichkeit aus der Schenkung hat folgende Eigenthümlichkeiten.

1. Der Schenker haftet nur für Arglist und die der Arglist gleichstehende Nachlässigkeit[2].

2. Den von der Sache gezogenen Gewinn braucht er nicht mit herauszugeben[3]; für denjenigen, welchen der Beschenkte hätte ziehen können, haftet er nicht einmal im Falle des Verzuges[4].

3. Er hat die Rechtswohlthat des Nothbedarfs, und zwar in der Weise, daß er dabei seine übrigen Schulden in Abzug bringen kann[5].

4.[6] Er haftet nicht, wenn die geschenkte Sache sich als fremde ausweist, und nicht einmal im Fall der Entwehrung (Eviction)[7]. Dabei wird jedoch vorausgesetzt: a) daß die geschenkte Sache nicht als fremde, und b) daß nicht eine generisch bestimmte Sache geschenkt worden sei. In dem einen und dem anderen Fall liegt in der Schenkung die Uebernahme der Verpflichtung zur Verschaffung des Eigenthums an der Sache[8].

---

als er in l. 35 §. 5 C. h. t. vorschrieb, daß die Schenkung auch ohne Stipulation rechtsbeständig sein solle. S. auch §. 2 I. h. t., Nov. 162 c. 1.

[2] S. §. 265, namentlich Note 12.

[3] S. §. 327 Note 6.

[4] L. 22 D. h. t. (vgl. §. 280 Note 9). Seuff. Arch. I. 55, V. 19. 284.

[5] S. §. 267 Note 10, §. 268 Note 2.

[6] Vgl. zum Folgenden, worüber die Meinungen sehr auseinandergehen, Thibaut civil. Abhandlungen Nr. 4, Glück XX S. 237 fg., Vangerow III §. 610 Anm. 2, Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 245 fg.

[7] Der Schenker schenkt das Geschenkte, wie er es hat. L. 18 §. 3 D. h. t., l. 2 C. de evict. 8. 45 (vgl. Paul. S. R. V. 11 §. 5), s. auch l. 48 D. de R. V. 6. 1, l. 131 §. 1 D. de V. O. 45. 1. Schenkt er wissentlich eine fremde Sache als eigene, so haftet er aus seiner Arglist auf Schadensersatz. L. 18 §. 3 cit.

[8] Der Schenker muß in beiden Fällen: a) den Beschenkten zum Eigenthümer machen. Die beschränkte Verpflichtung des Käufers, welcher nur wegen Entwehrung haftet (§. 389 Note 3. 5), auf den Schenker zu übertragen, ist kein Grund vorhanden. b) Er muß aber den Beschenkten nicht bloß überhaupt zum Eigenthümer machen, sondern er muß ihm auch gemäß der Regel unbeschränktes und unwiderrufliches Eigenthum verschaffen, ein solches Eigenthum, welches ihm das habere licere gewährt. S. §. 342 Note 4a—6. — Die jetzt vorherrschende Meinung nimmt Verhaftung wegen Eviction an bei der donatio generis, nicht bei der donatio speciei. Bekker a. a. O. dagegen ist zu der Meinung der Glosse zurückgekehrt, wornach unterschieden werden soll

5. Der Schenker haftet nicht wegen Fehlerhaftigkeit der geschenkten Sache[9]. Doch gilt bei der Schenkung generisch bestimmter Sachen der Satz, daß nicht das Schlechteste aus der Gattung gegeben werden darf[10].

3. Besondere Vorschriften für die Schenkung.

§. 367.

Für die Schenkung im engeren Sinn gelten eine Reihe besonderer Vorschriften.

1. Die Schenkung zwischen Ehegatten ist ungültig. Davon näher unten im Familienrecht (§. 509).

2.[1] Schenkungen im Werth von mehr als 500 Ducaten[2]

---

zwischen Schenken durch Geben (Tradition) und Schenkungsversprechen; aus dem letzteren werde wegen Eviction gehaftet, nicht aus dem ersteren. Jedoch gibt Bekker zu, daß auch das Schenkungsversprechen möglicherweise nur auf das dem Schenker an der geschenkten Sache zustehende Maß von Recht gerichtet sein könne, ja daß das Gegentheil in jedem einzelnen Falle besonders gerechtfertigt werden müsse; und was die Schenkung durch Geben angeht, so liegt auch in dieser, wie in jeder Schenkung, die Uebernahme einer Verbindlichkeit (§. 365 Note 18), so daß es also auch bei ihr lediglich auf die Willensmeinung des Schenkers ankommt. — Bei der donatio generis fragt sich aber nun ferner, worauf der Schenker im Falle der Eviction bez. der mangelnden Eigenthumsverschaffung hafte, ob auf Geben einer anderen Sache, oder auf Leistung des Interesse, welches der Beschenkte an dem Behalten der hingegebenen Sache hat? Für das Erstere Glück und Vangerow a. aa. OO.; für das Letztere Bekker. Nach dem §. 342 Note 6a Gesagten haftet der Schenker nach Wahl des Beschenkten auf das Eine und das Andere.

[9] L. 62 D. de aed. ed. 21. 2. Das gilt auch von dem Fall der Schenkung einer fremden Sache als fremden; der Schenker hat sie versprochen, wie sie ist (vgl. l. 45 §. 2 D. de leg. I° 30).

[10] L. 35 pr. §. 1. 2 C. h. t. Vgl. l. 110 l. 37 pr. D. de leg. I° 30 und Schliemann Haftung des Cedenten S. 37 fg.

§. 367. [1] Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 1 (1828); Savigny S. 209 fg., Schilling S. 908 fg.

[2] Die römische Vorschrift nennt 500 solidi. Die Substituirung des Ducaten beruht auf der Praxis. Und zwar sind unter Ducaten Reichsducaten ($67^{67}/_{71}$ auf die feine Mark Goldes) zu verstehen, deren Werth durch die Praxis und reichsgesetzlich auf 4 fl. im 18 Guldenfuß (nicht wie Savigny S. 210 und nach ihm das Rostocker Erkenntniß bei Buchka und Budde Entscheidungen IV S. 74 und das Oldenburger bei Seuff. Arch. XVIII. 39 an-

bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Erklärung zu gerichtlichem Protokoll (Insinuation)[3]. Bei der Berechnung des Werthes werden die von dem Schenkungsgegenstand gezogenen Nutzungen nicht mitgerechnet[4]. Ebenso wenig werden mehrere zu verschiedenen Zeiten gemachte Schenkungen zusammengerechnet[5]. Sind terminliche Leistungen geschenkt, so ist gerichtliche Vollziehung erforderlich, wenn die Leistungen auf die Erben beider Parteien übergehen sollen, nicht erforderlich, wenn die Schenkung auch nur von einer Seite auf die Lebensdauer beschränkt ist[6]; ist die

---

nehmen, im 20 Guldenfuß) bestimmt ist. Hiernach sind 500 solidi = $1555\frac{5}{9}$ Thaler im 14 Thalerfuß oder $2722\frac{2}{9}$ Gulden im $24\frac{1}{2}$ Guldenfuß. Francke Arch. f. civ. Pr. XLVII. 18.

[3] Die Erklärung kann vor jedem Richter geschehen, l. 30 C. h. t., Nov. 127 c. 2 (die hier und in l. 32 C. h. t. für die Hauptstadt gemachte Ausnahme, wonach nur der magister census competent sein soll, ist natürlich heutzutage unanwendbar). Marezoll S. 9, Savigny S. 217. Vgl. hierüber, und über die Insinuation überhaupt, die gründliche Ausführung bei Buchka und Budde a. a. O. (Note 2) S. 74—86. — Das Erforderniß der Insinuation galt ursprünglich (seit Constantinus Chlorus, l. 1 C. Th. de spons. 3. 5) für alle Schenkungen; später ist es beschränkt worden (l. 8 C. Th. tit. cit., l. 34 pr. §. 1 C. h. t.), zuletzt von Justinian auf Schenkungen über 500 solidi (l. 36 §. 3 C. h. t., §. 2 I. h. t.). — Die in den Pandekten enthaltenen Stellen, welche von dem Maße der Schenkungen reden, bezogen sich in ihrem ursprünglichen Sinn auf die lex Cincia, welche später außer Gebrauch gekommen ist. Vgl. über dieselbe und über das Recht der Zwischenzeit Savigny S. 194 fg. und die daselbst und bei Vangerow S. 178 Citirten. S. auch Note 7.

[4] L. 9 §. 1 l. 11 D. h. t. Vgl. §. 365 Note 6.

[5] L. 34 §. 3 C. h. t. Ebenso wenig mehrere an verschiedene Personen, wenn auch zu gleicher Zeit, gemachte Schenkungen. Seuff. Arch. I. 342, VIII. 131. 133.

Dig 39,5 Cod 8,54. Inst. 2,7

[6] L. 34 §. 4 C. h. t. Was die Worte „vel adiiciatur tempus vitae vel donatoris vel eius qui donationem accepit", anlangt, so wird von allen Versuchen, welche gemacht worden sind, um denselben einen erträglichen Sinn abzugewinnen, keiner auf allgemeine Anerkennung rechnen dürfen. Am empfehlenswerthesten erscheint mir immer noch die unter den Neueren namentlich von Schilling (§. 360 Note p) vertheidigte Annahme, daß hinter dem ersten „vel" ein „non" ausgefallen sei; der Sinn der Worte wäre danach der, daß Insinuation nicht nur dann erforderlich sei, wenn die Schenkung ausdrücklich, sondern auch dann, wenn sie stillschweigend, durch Nichtbeschränkung auf die Lebenszeit der Parteien, auf die Erben erstreckt worden sei. Die viel bedeutendere Emendation Savigny's (S. 24), welcher hinter „vitae" das Wort

Schenkung auf eine bestimmte Zeit gemacht, so werden die einzelnen Leistungen zusammengerechnet[6a]. — Nichtbeobachtung der gerichtlichen Vollziehung, wo sie erforderlich ist, macht die Schenkung für den Mehrbetrag ungültig, und zwar regelmäßig nichtig[7]; unter Umständen aber tritt die durch die Schenkung gewollte Vermögensveränderung wirklich ein, und der Beschenkte ist nur

---

„heredum" einschiebt, so daß der Sinn sein würde: Insinuation sei nicht nur erforderlich, wenn die Schenkung auf die Erben schlechthin, sondern auch dann, wenn sie bloß auf die ersten Erben der Parteien erstreckt sei, erscheint durch die Eine Handschrift, auf welche sich Savigny beruft, nicht gehörig gerechtfertigt, — mit Sintenis aber (I §. 23 Note 48) hinter „vitae" das Wort „heredum" nicht sowohl einzuschieben, als aus dem Vorhergehenden zu ergänzen, ist äußerst gewaltsam. Briegleb (Arch. f. civ. Pr. XXXVIII. 6) will das Wort „vitae" als Dativ gefaßt wissen, und bringt dadurch den Sinn heraus, daß Insinuation auch dann erforderlich sei, wenn die Schenkung von der einen Seite auf die Erben, von der anderen Seite nur über die Lebenszeit der Partei hinaus, gleichgültig auf wie lange, erstreckt worden sei, — und mit dieser Erklärung stimmt überein Arndts §. 82 Anm. 4 und im Wesentlichen Vangerow I S. 278. Mir erscheint das Resultat unerträglich, daß Justinian Insinuation für einen Fall vorgeschrieben haben sollte, in welchem die Schenkung möglicherweise mit zwei Leistungen, ja mit Einer Leistung (wenn die Leistung nicht im Voraus gemacht werden soll) zu Ende gehen kann; darf man in diesem Fall sagen, daß die Schenkung „quasi perpetuata" sei, und daß ihre „continuatio" sie zu einer großen Schenkung mache? Eine fernere Meinung, nach welcher die fraglichen Worte auf den Fall gehen sollen, wo die Schenkung auf eine bestimmte Zeit gemacht worden sei, und nach welcher für diesen Fall Zusammenrechnung der einzelnen Leistungen vorgeschrieben sein soll, steht mit den Worten der Stelle zu sehr in Widerspruch, um ernstlich in Betracht kommen zu können. — Seuff. Arch. XI. 241 (S. 372), XVIII. 40. Anwendbarkeit der Vorschrift der l. 34 §. 4 cit. auf das Erbzinsrecht? Verneint bei Seuff. Arch. VIII. 285 (es soll die jährliche Leistung capitalisirt werden); bejaht das. XI. 241.

[6a] Dieser Fall, als sich von selbst erledigend, ist in der l. 34 §. 4 cit. nicht erwähnt. Vgl. übrigens die vorige Note gegen das Ende.

[7] L. 34 pr. C. h. t. Ist daher eine Sache im Werth von mehr als 500 Ducaten geschenkt worden, so werden der Schenker und der Beschenkte Miteigenthümer. Nähere Regeln über die Behandlung dieses Falles in l. 34 §. 2 C. h. t. — Die lex Cincia erklärte Schenkungen über ein gewisses Maß hinaus zwar für unerlaubt, aber nicht für nichtig (Ulp. §. 1). Daraus entwickelte die Jurisprudenz die Theorie, daß die von dem Schenker gewollte rechtliche Wirkung wirklich eintrete, der Beschenkte sie aber weder durch actio noch durch exceptio geltend machen könne (gegen die actio wurde dem Schenker nöthigenfalls exceptio, gegen die exceptio replicatio legis Cinciae

zur Rückgabe der ihm dadurch zugegangenen Bereicherung verpflichtet[8]. Hat der Beschenkte das Geschenkte nicht mehr, so ist er nicht zum Ersatz, sondern nur zur Herausgabe dessen verpflichtet, worum durch das Verlorene indirect sein Vermögen noch jetzt vermehrt ist[9]. — Ausnahmsweise ist gerichtliche Vollziehung nicht erforderlich[10] bei Schenkungen des Landesherrn und an

---

gegeben). Doch ist dieses Letztere nur Vermuthung; über den wirklichen Inhalt der lex Cincia sind sehr verschiedene Meinungen aufgestellt worden (über die Literatur s. Note 3 a. E.).

[8] Dieß ist der Fall: a) wenn die Thatsache, durch welche die Bereicherung unmittelbar hervorgerufen worden ist, nicht eine Willenserklärung des Schenkenden ist, sondern z. B. Ablauf einer Verjährungszeit, richterliches Urtheil (arg. l. 5 §. 6. 7 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, Savigny IV S. 564. 584. 586); b) wenn die Willenserklärung unmittelbar nicht durch den Schenker, sondern z. B. durch seinen von ihm angewiesenen Schuldner, oder nicht zu Gunsten des zu Beschenkenden, sondern z. B. zu Gunsten seines Gläubigers, an den er den Schenkenwollenden verwiesen hat, abgegeben worden ist. Jedoch kann im ersten Fall (Willenserklärung nicht durch den Schenker) der Schenker ein richterliches Urtheil auf Rescission der Schenkung erlangen; im zweiten Fall (Willenserklärung nicht zu Gunsten des Beschenkten) kann sich der Schenker dann allerdings auch dem Dritten gegenüber auf die unterlassene Insinuation berufen, wenn der Dritte sonst etwas erhalten würde, worauf er dem zu Beschenkenden gegenüber keinen Anspruch hat (z. B. dieser will seinerseits dem Dritten schenken, oder er hält ihn irrthümlicherweise für seinen Gläubiger). Die hier (zu b) aufgestellten Sätze gehen hervor aus l. 21 §. 1 D. h. t. und l. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4 in Verbindung mit l. 7 pr. §. 1 eod., l. 2 §. 3. 4. D. h. t. (§. 355 Note 9). A. M. Savigny (IV S. 599. 600), welcher die Anwendbarkeit der genannten Stellen, als ursprünglich nur von der lex Cincia und nur von einer exceptio handelnd, und nur aus Versehen aufgenommen, bestreitet, und dafür das entgegengesetzte Recht der Schenkung zwischen Ehegatten (l. 3 §. 12. 13 l. 4 l. 5 §. 3. 4 D. de don. i. v. e. u. 24. 1) zur Anwendung bringen will. Mir scheint das zu gewagt; gegen Savigny auch Schilling §. 360 Note gg.

[9] Auf Ersatz haftet derselbe gewiß dann nicht, wenn der Verlust ohne seine Schuld eingetreten ist. Aber selbst wenn er den Verlust wissentlich und willentlich herbeigeführt hat, haftet er deßwegen nicht, weil er gemäß des Willens des Schenkers gehandelt hat. Arg. l. 5 §. 18 l. 6 l. 7 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 18 pr. D. de R. C. 12. 1. Savigny S. 75. 219—221.

[10] Vgl. Marezoll S. 23 fg., Savigny S. 221 fg., Schilling §. 360 Note q—aa. Bloß historische Bedeutung hat die Ausnahme der l. 36 §. 1 C. h. t.: Schenkung beweglicher Sachen durch den magister militum an verdiente Soldaten. Gegen die angebliche Ausnahme der Schenkung ad pias causas s. namentlich v. Buchholtz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI. 4.

denselben[11], bei Schenkungen zum Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes[12] und zum Loskauf von Gefangenen[13], endlich bei der Schenkung, welche in der Bestellung einer Dos für die Frau liegt[14].

3. Die Schenkung kann wegen Undankbarkeit des Beschenkten widerrufen werden[15]; als Undankbarkeit gilt aber nur ein Benehmen, wie die Gesetze es speciell bezeichnen[16]. Der Widerruf macht die Schenkung nicht nichtig, sondern begründet bloß eine obligatorische Verpflichtung des Beschenkten zur Erstattung des Empfangenen[17]; hat er dasselbe nicht mehr, so haftet er nur auf die Bereicherung[18]. Das Widerrufsrecht geht nicht auf die Erben des Schenkers über; ebenso wenig sind die Erben des Beschenkten demselben ausgesetzt[19]. Es fällt weg für die Mutter, welche ihre

---

[11] L. 34 pr. C. h. t., Nov. 52 c. 2 und daraus Auth. *Item a privatis* zu gedachter Codexstelle.

[12] L. 36 §. 2 C. h. t.

[13] L. 36 pr. C. h. t.

[14] L. 31 pr. C. de I. D. 5. 12. Das Gleiche bestimmen die Quellen für die donatio propter nuptias. Nov. 119 c. 1, 127 c. 2. Marezoll S. 27.

[15] L. 10 C. de revoc. don. 8. 56. Ueber das frühere Recht s. l. 1 C. eod. in Verbindung mit Vat. fr. §. 272, — l. 31 §. 1 D. h. t. 39. 5, l. 7 l. 9 C. de revoc. don. Savigny S. 228—230, Schilling S. 957—959.

[16] a) Schwere (wörtliche) Beleidigungen; b) Thätlichkeiten; c) absichtliche Herbeiführung eines nicht unbedeutenden Vermögensverlustes (vgl. Seuff. Arch. V. 166) oder d) einer Lebensgefahr; e) Nichterfüllung einer bei der Schenkung gemachten Auflage. L. 10 C. cit.

[17] L. 7 C. de revoc. don. 8. 56. — „Actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum".

[18] Savigny S. 76. 237 und Schilling S. 961 nehmen an, daß der Beschenkte von der Zeit der Undankbarkeit an, ja schon von der Zeit an, wo er den Entschluß zur Undankbarkeit gefaßt habe, als unredlicher Besitzer hafte. Es wäre möglich, daß die Quellen die Sache in dieser Art aufgefaßt hätten; von der anderen Seite ist aber auch die Auffassung möglich, daß der Beschenkte trotz seiner Undankbarkeit nicht anzunehmen brauche, daß der Schenker von seinem Widerrufsrechte Gebrauch machen werde, daß also erst der wirklich geschehene Widerruf ihn zum unredlichen Besitzer mache. Welches die Auffassung der Quellen wirklich sei, scheint mir nach l. 7 C. de revoc. don. nicht bezweifelt werden zu können. Hier heißt es, daß die Revocation nicht dasjenige ergreife, was rechtsgültig veräußert worden sei „matre pacifica". Mit welchem Recht Savigny diese Worte durch „vor der Undankbarkeit" wiedergibt, sehe ich nicht ein.

[19] L. 10 C. de revoc. don. 8. 56, l. 1 l. 7 eod. Ist der Widerruf aber

Kinder beschenkt hat, wenn dieselbe einen unsittlichen Lebenswandel führt[20]; schreitet die Mutter zur zweiten Ehe, so behält sie das Widerrufsrecht nur beschränkt[21].

4. Die Schenkung kann wegen Verletzung des Pflichttheils angefochten werden; das Nähere darüber im Erbrechte. Das Anfechtungsrecht der Gläubiger (§ 463) bezieht sich nicht auf die Schenkung ausschließlich.

Nach einer sehr verbreiteten Meinung soll die Schenkung auch widerrufen werden können, wenn dem zur Zeit der Schenkung Kinderlosen hinterher Kinder geboren werden[22].

4. Besondere Arten der Schenkung.

§. 368.

Schenkung eines Vermögens[1]. Durch eine solche

„inter primas personas" (l. 10 C. cit.) geschehen, so geht das dadurch begründete Forderungsrecht auf die Erben allerdings über. Zweifeln könnte man daran auf Grund von l. 7 C. cit.; allein „die unbestimmten Ausdrücke (derselben) müssen aus den bestimmteren der l. 10 cit. (und l. 1 eod.) erklärt werden", Savigny §. 169. c. S. auch Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 29. A. M. Arndts §. 104 Anm. 1.

[20] L. 7 C. tit. cit.

[21] Nov. 22 c. 35 und daraus Auth. *Quod mater filio* zu l. 7 C. tit. cit.

[22] Die l. 8 C. de revoc. don. 8. 56 gibt das bezeichnete Recht dem Patron, welcher seinem Freigelassenen geschenkt hat. Früher stritt man darüber, ob es nicht zufällig sei, daß die l. 8 cit. nur den Patron nenne, und ob dieselbe nicht eigentlich den in ihr ausgesprochenen Satz für allgemein wahr erklären wolle. Müller promtuarium iuris s. v. donationis revocatio n⁰ 9, Pufendorff Observ. III. 147. Die bejahende Meinung erklärt Lauterbach (ad tit. Dig. de donat. n⁰ 53) für „verior et in praxi recepta". Das Erste wird jetzt Niemand mehr behaupten wollen (Vat. fr. §. 272), und ein eigentliches Gewohnheitsrecht nachzuweisen möchte schwer sein. Uebrigens wollen die Anhänger der hier verworfenen Meinung nicht die Anfechtung einer jeden geringen Schenkung gestatten, sondern nur einer solchen, von welcher es nicht wahrscheinlich sei, daß der Schenker sie gemacht haben würde, wenn er an die Kinder gedacht hätte, worüber im einzelnen Fall der Richter entscheiden soll. Lauterbach l. c. n⁰ 55, Stryk Usus mod. ad h. t. n⁰ 17. Die hier verworfene Meinung halten fest Puchta §. 70. d, Arndts §. 82 Anm. 3; dawider Savigny S. 228, Seuffert §. 365 Note 8, Sintenis §. 23 Note 56.

[1] Meyerfeld II §. 21, Savigny § 159, Schilling § 362 Note §. 368.

Schenkung wird keine Gesammtnachfolge begründet; das Recht erkennt als Gegenstand der Schenkung nicht das Vermögen als solches, sondern nur die, unter einer Gesammtbezeichnung zusammengefaßten, einzelnen Vermögensbestandtheile an. Daher muß für jeden einzelnen Vermögensbestandtheil dasjenige beschafft werden, wodurch gerade bei ihm der Uebergang bedingt ist, namentlich also bei Eigenthumsgegenständen die Tradition[2], während Forderungen gemäß des für sie geltenden Rechts sofort übergehen, so daß unmittelbar auf Grund der Schenkung die Anzeige an den Schuldner erfolgen, und dadurch der Schenker ausgeschlossen werden kann (§. 331)[3]. Was die Schulden angeht, so haftet der Beschenkte den Gläubigern nur dann, wenn er bei der Schenkung die Schulden ausdrücklich übernommen hat, und zwar in dem Sinne, um sich dadurch auch den Gläubigern gegenüber verbindlich zu machen[4]. Hat er die Uebernahmeerklärung in diesem Sinne nicht abgegeben, so wird er durch dieselbe nur dem Schenker verpflichtet[5]. Dem Schenker gegenüber ist er aber auch ohne

---

bb fg. — Die Schenkung kann auf das ganze Vermögen des Schenkers gehen, oder auf einen Bruchtheil desselben (Cod. Hermog. VII. 1, l. 11 C. h. t.); sie kann auch auf ein von einem Dritten erworbenes Vermögen gehen (l. 28 D. h. t.). Sie kann schlechthin gemacht werden, oder mit Vorbehalt gewisser Vermögensstücke (l. 37 §. 3 D. de leg. III° 32), oder des Nießbrauchs (l. 42 pr. D. de m. c. don. 39. 6), oder einer jährlich zu machenden Leistung.

[2] L. 35 §. 4. 5 C. h. t. (vgl. Vat. fr. §. 363, Cod. Hermog. VII. 1. 2).

[3] Die actio utilis bei der Uebertragung einer Forderung durch Schenkung ist erst durch Justinian anerkannt worden, l. 33 C. h. t. Auf dem früheren Standpunkt stehen noch l. 11 C. h. t., Vat. fr. §. 263, ebenso l. 3 pr. D. pro soc. 17 2. Auf Grund dieser letzteren Stelle behauptet Schilling §. 362 Note mm (nach Hasse Arch. f. civ Pr. V. S. 31), daß jede einzelne Forderung besonders cedirt werden müsse. Die gleiche Behauptung findet sich auch bei Savigny S. 136.

[4] Durch den Beitritt des Gläubigers, welcher auch in der Belangung selbst liegt, kommt dann der Schuldübergang wirklich zu Stande. So nach heutigem Recht, gemäß des in §. 338 Ausgeführten, während nach römischem Recht der Beschenkte den Gläubigern nur in Folge einer mit ihnen direct verhandelten Novation haftete. L. 28 D. h. t., l. 72 pr. D. de I. D. 23. 3.

[5] Und zwar hat der Schenker gegen ihn einen doppelten Anspruch: a) auf Bezahlung der Schulden (actio praescriptis verbis); b) auf Rückgabe des Geschenkten wegen Nichtbezahlung (condictio ob causam datorum). L. 28 D. l. 22 C. h. t., l. 2 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6. Der Schenker kann sich auch dadurch sichern, daß er bei Herausgabe des Vermögens den Betrag

ausdrückliche Erklärung verpflichtet; in der Annahme der Schenkung des Vermögens liegt eine stillschweigende Uebernahme der Verpflichtung zur Bezahlung der Schulden[6]. Ist ausdrücklich ausgemacht, daß die Schulden nicht übergehen sollen, so können die Gläubiger die Schenkung nach dem Recht der Veräußerung zur Beeinträchtigung der Gläubiger (§. 463) anfechten[7]. — Die Schenkung des ganzen Vermögens ergreift nicht ohne Weiteres auch das zukünftige Vermögen; die ausdrückliche Erstreckung der Schenkung auf das zukünftige Vermögen aber ist nicht bloß nach heutigem Recht unbestritten zulässig[8], sondern war es auch schon nach römischem Recht[9].

Schenkung zur Vergeltung, s. g. remuneratorische Schenkung[10]. Eine solche Schenkung unterliegt den gewöhn-

---

der Schulden sogleich abzieht, l. 72 pr. D. de I. D. 23. 3. Die Ansprüche des Schenkers können auch die Gläubiger desselben auf dem Cessions- oder Executionswege geltend machen.

[6] Denn „bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt", l. 39 §. 1 D. de V. S. 50. 16 (s. auch l. 69 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 11 D. de I. F. 49. 14, l. 8 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61). Direct beweist den im Text genannten Satz l. 28 D. h. t., in welcher Stelle von einer ausdrücklichen Vereinbarung über die Uebernahme der Schulden keine Rede ist. L. 17 §. 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8 handelt nicht von einer Uebertragung des Vermögens. — Schilling §. 362 Note ii und Unger §. 97 Note 13 halten die Annahme eines stillschweigenden Vertrages für bedenklich, und wollen dem Schenker durch eine condictio indebiti oder sine causa helfen. Die condictio indebiti ist gewiß begründet, wenn der Schenker in Unkenntniß der Schulden das ganze Vermögen herausgegeben hat, während er den Betrag der Schulden hätte abziehen können (Note 5); aber wie, wenn er die Schulden gekannt, und stillschweigend angenommen hat, der Beschenkte werde sie bezahlen? S. auch Meyerfeld II S. 32 — Umgekehrt lassen Andere den Schenknehmer aus der Vermögensschenkung als solcher auch dem Gläubiger haften, indem sie dafür ein gemeines deutsches Gewohnheitsrecht annehmen. S. darüber Delbrück Schuldübernahme S. 82 fg., Gürgens Jahrb. f. Dogm. VIII S. 257.

[7] Vgl. l. 17 §. 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Seuff. Arch. XI. 106.

[8] Nach dem Recht des Erbvertrages.

[9] Eine alte Streitfrage, Meyerfeld II S. 13 fg. Für die Zulässigkeit: Meyerfeld a. a. O. S. 16. 17, Puchta Vorles. I S. 162. 163, Böcking a. a. O. Note 23, Hartmann Erbverträge S. 14 fg.; gegen dieselbe: Savigny S. 142 fg., Schilling §. 354 Note xx.

[10] Meyerfeld I §. 19, Savigny §. 153, Schilling S. 921—961, Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 30—40, Vangerow §. 125 Anm.

lichen Regeln, und also auch den rechtlichen Beschränkungen der Schenkung; nur die zur Vergeltung einer Lebensrettung gemachte Schenkung ist von denselben frei[11].

Schenkung mit einer Auflage[12]. Der Schenker kann

---

[11] L. 34 §. 1 D. h. t. Es heißt hier von der Schenkung zur Vergeltung einer Lebensrettung: „haec donatio irrevocabilis est", also unwiderruflich aus welchem Grunde es immer sein mag. Marezoll u. Vangerow a. a. O. beschränken die Unwiderruflichkeit auf den Fall der Undankbarkeit; aber s. Savigny §. 154. s: — „auch die Richtigkeit zeigt sich practisch nur durch Revocation". In der ursprünglichen Gestalt der Stelle, welche uns in den Sententiae des Paulus (V. 11 §. 6) erhalten ist, ging sie auf Ausschluß der Beschränkung der lex Cincia („in infinitum donare non prohibemur"). S. auch Schilling S. 928 Note q. — Von der anderen Seite wollen Viele die l. 34 §. 1 cit. auf andere Fälle der Vergeltungsschenkung ausdehnen: auf jede Vergeltungsschenkung, vorausgesetzt nur daß dieselbe nicht außer allem Verhältniß zu dem geleisteten Dienste stehe (Vangerow, Schilling, der Letztere in Betreff der Revocation wegen Undankbarkeit); auf die Vergeltungsschenkung für in Geld nicht schätzbare Dienste (Schilling in Betreff der Insinuationsvorschrift); auf die Vergeltungsschenkung mit Ausnahme der Fälle, wo das zu Vergeltende eine Schenkung oder eine Gefälligkeit sei (Meyerfeld); auf jeden Fall, wo der Gabe die Absicht der „Belohnung" zu Grunde liege, wo sie dann aber auch gar nicht Schenkung, oder nicht „wahre" Schenkung sei (Puchta § 71, Arndts §. 83). Savigny S. 94 (übereinstimmend Sintenis §. 23 Note 11) stellt den Satz, daß, wenn die Gabe nach der Absicht des Gebers „die bloße Bezahlung einer Schuld" sei, der „Begriff der Schenkung mit allen Folgen ausgeschlossen" sei, als selbständigen Satz neben den von ihm aus l. 34 §. 1 cit. entwickelten Satz, mit Berufung auf l. 27 D. h. t. Ich halte diesen Satz für äußerst sowohl unbestimmt als gefährlich, und eigentlich für eine Wiedereinführung der von Savigny selbst bestrittenen Behauptung, daß die remuneratorische Schenkung den positiven Bestimmungen der Schenkung entzogen sei; in l. 27 cit. aber sehe ich nichts, als den Ausspruch, daß in dem bezeichneten Fall in der That die Verleihung eines Rechts, und nicht eines bloßen precarium (wovon ich l. 32 D. h. t. verstehe, — in Betreff des „quamdiu volueris" s. l. 12 pr. D. de prec. 43. 26) vorliege. So wird ja auch in l. 10 §. 13 l. 12 pr. D. mand. 17. 1 aus der Belohnungsabsicht nichts Anderes hergeleitet, als eben das, daß der Geber wirklich habe schenken wollen. Aus der Praxis: für Gleichstellung der remuneratorischen Schenkung mit der Schenkung überhaupt: Seuff. Arch. I. 340, III. 265, VIII. 132. 260, XVIII. 37, Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck (in Betreff des Erfordernisses der Insinuation); dawider IV. 118, V. 18, XVIII. 38, s. auch I. 55; unterscheidend (zwischen Forderung der Erfüllung und Rückforderung) XIII. 26, s. auch IV. 118.

[12] Donatio sub modo. Cod. 8. 55 de donationibus quae sub modo.

die Erfüllung der Auflage verlangen auf Grund des von dem Beschenkten durch die Annahme der Schenkung abgegebenen Versprechens[13]; er kann aber auch, wenn die Auflage nicht erfüllt wird, das Geschenkte zurückfordern, entweder nach dem Rechte der Voraussetzung[14], oder unter dem Gesichtspunkt der Undankbarkeit des Beschenkten[15]. Hat die Auflage zum Gegenstand Leistung des Lebensunterhaltes an den Schenker, so kann derselbe, wenn die Leistung ausbleibt, das Geschenkte, soweit es bei dem Beschenkten noch vorhanden ist, sofort wieder als sein Eigenthum in Anspruch nehmen[16]. Ist die Auflage zu Gunsten eines Dritten gemacht, so steht die Forderung auf Erfüllung der Auflage Diesem zu[17]. — Den Beschränkungen der Schenkung unterliegt die Auflagsschenkung, soweit sie wirklich Schenkung ist[18].

§. 369.

Schenkung auf Todesfall*. Die Schenkung auf Todesfall ist eine letztwillige Verfügung in der Form des Vertrages.

---

conficiuntur. — Meyerfeld I S. 412—425, Savigny IV §. 175, Schilling S. 807 fg. 945 fg., Windscheid Lehre von der Voraussetzung Nr. 68. 69. 79. 101. 107, Erxleben condictiones sine causa II §. 14, Voigt condictiones ob causam §. 79.

[13] Es steht ihm die actio praescriptis verbis zu. L. 9. 22 C. de don. 8. 54, l. 8 C. de rer. perm. 4. 64, l. 3 C. de contr. emt. 4. 38.

[14] Es steht ihm eine condictio (ob causam datorum) zu. L. 8 l. 3 l. 2 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6, l. 3 C. h. t. 8. 55. Vgl. I §. 98 Nr. 2. Seuff. Arch. V. 167.

[15] S. §. 367 Note 16.

[16] Es steht ihm eine rei vindicatio utilis zu. L. 1 C. h. t. 8. 55. Vgl. I §. 174 Note 9.

[17] L. 3 C. h. t. Vgl. §. 316 Note 5. 15ª. 15ᵇ. 16.

[18] Vgl. §. 365 Note 3. Savigny S. 286. 287. Seuff. Arch. V. 168, VI. 38, XVIII. 136. Daß die Schenkung sub modo der Insinuation nicht bedürfe, nimmt an das Urtheil bei Seuff. Arch. I. 341.

* Dig. 39. 6 de mortis causa donationibus. Cod. 8. 57 de donationibus causa mortis. — W. Müller über die Natur der Schenkung auf Todesfall (1827). Hasse Rhein. Mus. II S. 300 fg. III S. 1 fg. (1828. 1829). v. Schröter Zeitschr. f. Civ. und Pr. II. 4 (1829). Hasse Rhein. Mus. III S. 371 fg. (1829; Bemerkungen zu vorstehendem Aufsatz). Wiederhold Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 4 (1841). Savigny IV §. 170—174 (1841). Erxleben die condictiones sine causa II §. 9 (1853). Voigt die condictio- §. 369.

Sie verfolgt, wie die testamentarische Verfügung, den Zweck, Etwas zu vergeben für die Zeit, wo der Vergebende selbst es nicht mehr haben kann, für die Zeit nach seinem Tode. Deßwegen wird, wie auch im Uebrigen der Inhalt der Schenkung bestimmt sein mag, das Geschenkte definitiv erst erworben mit dem Tode des Schenkers; daraus ergibt sich die charakteristische Eigenthümlichkeit der Schenkung auf Todesfall, daß sie auf die Erben des Beschenkten nicht übergeht, wenn der Schenker den Beschenkten überlebt[1]. Im Uebrigen kann die Schenkung noch einen sehr verschiedenen Inhalt haben. a) Das Nichtüberleben des Schenkers wird der Schenkung als aufschiebende Bedingung hinzugefügt, so daß einstweilen in das Vermögen des Beschenkten noch gar nichts übergehen soll; womit übrigens wohl verträglich ist, daß er sogleich in den factischen Genuß gesetzt wird[2]. b) Die Schenkung wird so gemacht, daß das Geschenkte sofort in das Vermögen des Beschenkten übergehen, aber im Fall des Ueberlebens des Schenkers an denselben zurückfallen soll[3]. c) In dem einen und dem

---

nes ob causam S. 724—731 (1864). Unger österr. Erbrecht §. 77 (1864). Böcking §. 109, Vangerow II §. 561—563, Sintenis III §. 216.

[1] Daher die sprüchwörtliche Redeweise: eine mortis causa donatio liege dann vor, „cum magis se quis velit habere, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum", §. 1 I. de don. 2. 7; ebenso l. 1 pr. l. 35 §. 2 D. h. t. — Es ist nicht genau, zu sagen, daß die Schenkung auf die Erben des Beschenkten nicht übergehe, wenn derselbe vor dem Schenker sterbe; denn sterben Schenker und Beschenkter zu gleicher Zeit, so besteht die Schenkung, l. 26 D. h. t. — Vgl. übrigens in Betreff der characteristischen Eigenthümlichkeit der Schenkung auf Todesfall auch Seuff. Arch. XVIII. 37, XX. 34.

[2] L. 2 i. f. l. 29 D. h. t., l. 15 i. f. D. de manum. 40. 1.

[3] L. 2 l. 29 l. 35 D. h. t. Dieß ist im Zweifel als die Absicht der Schenkung anzusehen, wenn das Geschenkte sogleich ausgeantwortet wird. Hasse II S. 328 fg., Savigny S. 246 fg. — Die Rückforderung kann der Schenker gründen: a) auf das von dem Beschenkten durch Annahme der Schenkung stillschweigend abgegebene Versprechen (actio praescriptis verbis, l. 18 §. 1 D. h. t.), a. M. Voigt a. a. O. S. 726; b) auf die Ermangelung der Voraussetzung der Schenkung (condictio ob causam datorum, l. 18 §. 1 cit., l. 35 §. 3 D. h. t. und viele andere Stellen). Er kann aber auch c) den Gesichtspunkt der auflösenden Bedingung anlegen und geltend machen, daß durch Eintritt derselben der früherere Rechtszustand ohne Weiteres wiederhergestellt worden sei, l. 29 D. h. t. (I §. 90 Note 4). — Hat der Beschenkte des Geschenkten sich entäußert, so muß er den Werth ersetzen, l. 39 l. 37 §. 1 D. h. t. Hat er das Geschenkte durch seine Nachlässigkeit verloren, so

andern Fall hat der Schenker, wenn nichts ausgemacht ist, ein freies Widerrufsrecht[4]; er kann aber auch unbeschadet des Wesens der Schenkung auf Todesfall auf dieses Recht verzichten[5]. d) Eine besondere Art der Schenkung auf Todesfall ist die, wo geschenkt wird mit Rücksicht auf eine Lebensgefahr, in welcher der Schenker sich befindet oder welcher er entgegengeht; hier verliert die Schenkung ihren Bestand nicht bloß, wenn der Schenker den Beschenkten, sondern auch, wenn er die Lebensgefahr überlebt[6]. — Was die rechtlichen Beschränkungen der Schenkung angeht, so unterliegt die Schenkung auf Todesfall, wenn nicht ohnehin schon freies Widerrufsrecht gilt, dem Widerruf wegen Undankbarkeit wie jede andere Schenkung. Dagegen findet das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten auf sie keine Anwendung[7], und statt der gerichtlichen Vollziehung ist auch die Errichtung vor 5 Zeugen, wie bei einem Vermächtnisse, zuläſſig[8]. — Ueberhaupt ist die Schenkung auf Todesfall im Laufe der Zeit fast vollständig den Vermächtnissen gleichgestellt worden, worüber das Nähere im Erbrecht vorzutragen ist[9].

---

haftet er nach den Grundsätzen der actio praescriptis verbis. Savigny S. 257.

[4] §. 1 I. de don. 2. 7, l. 16. 30 D. h. t. Der Widerruf begründet condictio, aber auch utilis rei vindicatio, l. 30 D. h. t. Vgl. I §. 174 Note 6. Seuff. Arch. V. 131.

[5] L. 13 §. 1 l. 35 §. 4 D. h. t., Nov. 87 pr. c. 1. Vgl. Savigny §. 170. f.

[6] Dieß ist der in den Quellen als der gewöhnliche vorausgesetzte Fall. Hasse II S. 317. Der entgegengesetzte Fall wird erwähnt in l. 1 l. 31 §. 2 i. f. l. 35 §. 4 l. 43 D. h. t., l. ult. C. h. t.

[7] L. 9 §. 2 l. 10 l. 11 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1.

[8] L. ult. C. h. t. Vgl. Savigny S. 261—265, Vangerow §. 563. Seuff. Arch. VII. 211. 236, XV. 146, XX. 235. Das Urtheil XVIII. 37 nimmt ohne Angabe von Gründen bei Vernachlässigung der Form Ungültigkeit für den ganzen Betrag, nicht bloß für den Ueberschuß über 500 Ducaten an.

[9] S. einstweilen §. 1 I. de don. 2. 7, l. 4 C. h. t., Nov. 87 pr.

C. Verträge auf Rückgabe.

1. Das Darlehn*.

a. Begriff und Voraussetzungen.

§. 370.

Ein Darlehn geben heißt: Jemandem eine Quantität vertretbarer Sachen zum Eigenthum geben mit der Auflage, den empfangenen Werth in einer gleichen Quantität gleicher Sachen zurückzugeben[1]. Indem der Empfänger das Gegebene mit dieser Auflage annimmt, verspricht er auch ohne ausdrückliche Erklärung die Erfüllung derselben, und bringt dadurch den Darlehnsvertrag zum Abschluß[2]. Der Hauptfall des Darlehns ist das Gelddarlehn; aber er ist nicht der einzige[3].

Der Darlehnsvertrag setzt voraus:

1) Eigenthumsverschaffung[4]. Wird an dem Gegebenen Eigenthum nicht verschafft, sei es, daß der Hingebende selbst nicht Eigen-

---

§. 370. * Dig. 12. 1 de rebus creditis si certum petatur et de condictione. Cod. 4. 1 de rebus creditis et iureiurando. — G. E. Heimbach die Lehre vom Creditum nach den in Deutschland geltenden Rechten (1849) S. 131 fg. (vgl. Rudorff zu Puchta §. 304. a). Glück XI S. 464—475. XII S. 1—177; Unterholzner II §. 308—310, Sintenis II §. 108, Vangerow III §. 623.

[1] L. 2 pr. D. h. t. „Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum". §. 1 eod. „Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, . . nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditore solvi non potest". Pr. I. quib. modis re 3. 14.

[2] Der Darlehnsvertrag ist ein Realvertrag. Pr. I. cit. „Re contrahitur obligatio veluti mutui datione". Vgl. l. 3 §. 1 D. de O. et A. 44 7. S. übrigens auch §. 371 Note 6.

[3] Beispiele von Darlehen in Sachen anderer Art in pr. I. cit., l. 7 §. 3 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 12. 16. 23 C. de usur. 4. 32.

[4] Daher die etymologische Spielerei in l. 2 §. 2 D. h. t. „Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit".

thümer[5], sei es, daß er nicht veräußerungsfähig ist[6], so kommt ein Darlehnsvertrag nicht zu Stande[7]. Jedoch wird die mangelnde Eigenthumsverschaffung dadurch ersetzt, daß der Empfänger das Hingegebene in redlicher Weise verbraucht[8]; und auch ohne Verbrauch haftet er wenigstens auf Rückgabe des Besitzes nach dem Rechte der Voraussetzung[9]. Ob das Eigenthum direct oder indirect verschafft worden ist, ist gleichgültig[10]. Ja auch

---

[5] L. 2 §. 4 D. h. t. Miteigenthum: l. 13 §. 2 l. 16 D. h. t., l. 94 §. 1 D. de solut. 46. 3. Heimbach S. 80.

[6] §. 2 I. quib. al. 2. 8.

[7] L. 2 §. 2 D. h. t.: — „si non fiat tuum, non nascitur obligatio".

[8] L. 11 §. 2 l. 12 i. f. l. 13 pr. §. 1 l. 19 §. 1 i. f. D. h. t., l. 24 §. 2 D. de O. et A. 44. 7, l. 56 §. 2 D. de fidei. 46. 1, §. 2 I. quib. al. 2. 8; l. 12 l. 19 §. 1 D. h. t., l. 24 pr. D. de O. et A. 44. 7. S. g. condictio de bene depensis. Vgl. Heimbach S. 192 fg. 205 fg., Voigt cond. ob causam Note 704. Verbraucht der Empfänger das Hingegebene unredlicher Weise, d. h. wissend, daß er nicht Eigenthümer sei, so haftet er dem Eigenthümer auf Ersatz des Werthes (rei vindicatio, actio ad exhibendum, condictio sine causa und furtiva), s. I §. 193 Note 8, II §. 474 Note 15. Vgl. auch §. 342* Note 8.

[9] Condictio possessionis, vgl. l. 15 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6 und I §. 161 Note 2, II §. 421 Note 7. Die Voraussetzung des Hingebens war die Begründung eines Forderungsrechtes, vgl. l. 32 D. h. t. (§. 427 Note 6 und unten in diesem §. Note 13).

[10] Fälle indirecter Eigenthumsverschaffung: a) der Empfänger hat das empfangene Fremde ersessen (arg. l. 15 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 60 D. de solut. 46. 3), oder das empfangene fremde Geld mit dem seinigen vermischt (l. 78 D. de solut. 46. 3); b) Jemand gibt einem Andern eine Sache, um sie zu verkaufen und das dafür erhaltene Geld als Darlehn zu behalten, l. 11 pr. D. h. t., l. 34 pr. D. mand. 17. 1, l. 8 C. si cert. 4. 2; c) Jemand weist einen Dritten, etwa seinen Schuldner, an, demjenigen zu zahlen, welchem er ein Darlehn geben will, l. 15 D. h. t., l. 32 l. 9 §. 8 i. f. eod. Vgl. §. 412 Note 9. — In Betreff der beiden letzten Fälle hat sich jedoch, wie l. 15 D. h. t.. l. 34 pr. D. mand. 17. 1 zeigen, das römische Recht erst allmälig zu einer freieren Auffassung erhoben; im Anfang hielt man daran fest, daß es gerade das Eigenthum des Darlehnsgebers sein müsse, welches an den Empfänger gelange. — Unter b) gehört auch der Fall, wo ein Darlehn in Werthpapieren gegeben wird. Seuff. Arch. XIV. 133. Kuntze Inhaberpapiere S. 697 fg. — Nicht hierher gehört der Fall, wo Jemand, in dessen Namen ein Anderer etwas besitzt, diesem gestattet, das Besessene als Darlehn zu behalten; hier liegt directe Eigenthumsverschaffung mit Abkürzung der Tradition vor (I §. 154 Note 2). L. 9 §. 9 D. h. t., l. 34 pr. cit.

dadurch kann ein Darlehn gegeben werden, daß einem Schuldner gestattet wird, dasjenige, was er schuldig ist, als Darlehn zu behalten[11]. Ebenso ist es gleichgültig, ob das Eigenthum gerade dem Schuldner verschafft worden ist, oder mit seinem Willen einem Andern[12].

2. Der Darlehnsvertrag setzt ferner Alles voraus, was überhaupt zur Gültigkeit eines Vertrags erforderlich ist, namentlich also Consens der Parteien[13] und Handlungsfähigkeit des Schuldners[14]. Jedoch haftet, wenn der Vertrag nicht zu Stande kommt, der Empfänger immerhin nach dem Rechte der Voraussetzung[15]. — Was den Abschluß des Darlehnsvertrags durch Stellvertreter angeht, so gelten folgende besondere Vorschriften. a) Stadt-

---

[11] Auch dieß ist erst allmälig anerkannt worden. Vgl. mit l. 34 pr. D. mand. 17. 1 l. 15 D. h. t., l. 3 §. 3 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 5 §. 18 D. de trib. 14. 4. Ueber l. 6 C. si cert. 4. 2 s. §. 354 Note 2 zweite Hälfte. Daß auch nach neuestem römischem Rechte das Gesagte nicht unbedingt gelte, sondern nur für den Fall, wo Jemandem gestattet werde, als Darlehn zu behalten, was er aus dem Vermögen des Gestattenden in Händen habe, behaupten Brinz S. 390. 391, Römer bedingte Novation S. 6 fg. Dawider auch Salkowski Novation S. 60 fg. Eine noch engere Auffassung bei Unterholzner §. 308. g. Vgl. noch Sintenis §. 108 Anm. 10, v. Salpius Novation und Delegation S. 324 fg. Seuff. Arch. I. 355, IV. 149, V. 127 (wo aber die Entscheidung gewiß richtiger auf das §. 364 Note 3 Gesagte gegründet worden wäre), XIII. 17, XIV. 92.

[12] L. 9 §. 8 D. h. t.: — „cum quotidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro". Hinter „poscamus" ist aus dem Vorhergehenden zu ergänzen „pecuniam". „Ut": mit der näheren Bestimmung, daß —. Ueber die Lesart s. noch Glück XII S. 19, Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 101 Not 43. S. auch l. 19 §. 3 D. de inst. act. 14. 3, l. 19 §. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1. Vgl. §. 412 Note 9.

[13] L. 32 D. h. t. „Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares, eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est, ut te obligari existimem; non quia pecuniam tibi credidi — hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest — sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi, bonum et aequum est". L. 18 pr. eod. Seuff. Arch. V. 271.

[14] L. 59 D. de O. et A. 44. 7, l. 13 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, Gai. III. 91

[15] Der Hingebende hat gegeben in der Voraussetzung, daß er durch das

gemeinden, Kirchen und fromme Anstalten haften aus den von ihren Vorstehern und Verwaltern für sie abgeschlossenen Darlehnsverträgen nur dann, wenn das Geld auch wirklich in ihren Nutzen verwendet worden ist — sonst nur der Contrahent selbst[16]. b) Wird ein Darlehn auf den Namen eines Dritten gegeben, so wird diesem das Forderungsrecht aus dem Vertrage auch ohne seinen Consens erworben[17].

Dem Darlehnsvertrag kann ein Vertrag über Geben oder Nehmen des Darlehns vorhergehen; für denselben gelten die gewöhnlichen Grundsätze[18].

Hingeben Gläubiger werden werde; in dieser Erwartung ist er getäuscht worden. Von dem in dieser Weise begründeten Rückforderungsrecht spricht l. 32 D. h. t. (Note 13). Es ist eine condictio sine causa, näher: ob causam datorum (§. 427 Note 6). Man hat über die Natur des in l. 32 cit. anerkannten Rückforderungsrechtes gestritten, und in der Annahme, daß dasselbe etwas Besonderes sei, ihm den besonderen Namen condictio Iuventiana (die Stelle rührt von P. Iuventius Celsus her) gegeben. Vgl. Heimbach S. 224 fg., Seuff. Arch. X. 253.

[16] L. 27 D. h. t., Nov. 120 c. 6 §. 3. Heimbach S. 254 fg., Kleinschrod über l. 27 Dig. de rebus creditis (Habilitationsschrift, 1851). Man hat es vielfach versucht, diese Bestimmung aus der Natur der juristischen Personen zu erklären; so namentlich Heimbach und Kleinschrod: die juristischen Personen seien unfähig, durch Tradition Eigenthum zu erwerben (!). S. noch Savigny Syst. II S. 204, H. Witte Bereicherungsklagen S. 278 —280. Ueber c. 4 X. de fidei. 3. 22 s. Heimbach S. 262 fg.

[17] S. §. 313 Note 3 und 6.

[18] S. §. 310 Note 2. Nach dem daselbst Gesagten und in l. 68 D. de V. O. 45. 1 Anerkannten kann derjenige, dem die Auszahlung eines versprochenen Darlehns verweigert wird, sein Interesse fordern; dieses Interesse kann aber auch eben in der Auszahlung bestehen. Seuff. Arch. IV. 32, X. 37, auch XIII. 138. Doch ist das Letztere (daß auch wirkliche Auszahlung des Darlehns gefordert werden könne) nicht unbestritten. Suffrian das pactum de mutuo dando nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts (1866) S. 5, Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 131. Seuff. Arch. XIX. 35. Kann die Erfüllung des Darlehnsversprechens verweigert werden, wenn Umstände eintreten oder bekannt werden, unter welchen die seinerzeitige Rückzahlung gefährdet erscheint? So E. A. Seuffert in Seuffert Pand. II §. 320 Note 1; dawider Suffrian a. a. O. S. 5 fg. Vgl. auch Seuff. Arch. VI. 137. — Ein Fall des Vertrags über Nehmen des Darlehns das. II. 165. Vgl. auch E. A. Seuffert a. a. O. Note 2. — Es ist übrigens wohl zuzusehen, ob im gegebenen Fall auch wirklich ein Vertrag vorliegt, und nicht bloß eine ohne

b. Verpflichtungen.

§. 371.

Die Verpflichtung, welche aus dem Darlehen entsteht, geht auf Rückgabe des empfangenen Werthes durch Rückgabe einer gleichen Quantität gleicher Sachen, wie empfangen worden ist[1]. Die Verpflichtung geht nur hierauf; das Darlehn ist kein Geschäft, bei dem es erst nothwendig wäre, im einzelnen Fall mit Rücksicht auf die besonderen Umstände dieses Falls zu bestimmen, was dem Sinn und der Absicht des Geschäfts gemäß ist: dem Sinn und der Absicht des Darlehnsgeschäftes ist unabänderlich das Eine gemäß, daß soviel zurückgegeben werde, als empfangen worden ist[2]. — Ueber die Zeit der Rückgabe entscheidet der Vertrag[3]. Ist in demselben über die Zeit der Rückgabe nichts ausgemacht, so ist zuzusehen, ob nicht aus den Umständen eine stillschweigende Bestimmung

---

bindende Absicht gemachte Beredung, l. 30 D. h. t. Vgl. noch Endemann Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 196 fg.

§. 371. [1] Da der Empfänger Eigenthümer geworden ist, so ist es natürlich für seine Verpflichtung ganz gleichgültig, daß ihm das Empfangene abhanden gekommen ist, ehe er es zu seinem Nutzen hat verwenden können. L. 9 §. 9 D. h. t., l. 1 §. 4 D. de O. et A. 44. 7, §. 2 I. quib. mod. re 3. 14.

[2] Römisch ausgedrückt: aus dem Darlehn entsteht keine actio bonae fidei, sondern eine actio stricti iudicii, eine condictio (I §. 46 Note 4); die intentio der formula ging nicht auf dare oportere ex fide bona, sondern auf dare oportere schlechthin. Die nicht beabsichtigte Folge hiervon war nun allerdings die, daß dem Judex auch die Möglichkeit genommen war, auf solche, von Außen kommende, Umstände Rücksicht zu nehmen, welche den Darlehnsanspruch zu modificiren an und für sich allerdings geeignet waren (I §. 46 Note 6), wie z. B. auf Verzug (l. 24 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 3 C. de usur. 4. 32; übrigens gestattete bei anderen Darlehen als Gelddarlehen die durch die Nothwendigkeit der Geldcondemnation bedingte Anweisung des Judex auf quanti ea res est eine freiere Bewegung, l. 12. 23 C. eod.). Das gilt natürlich für uns nicht mehr; während der Gegensatz selbst zwischen der Darlehnsobligation und der Obligation z. B. aus Kauf, Miethe ꝛc. für uns noch besteht, wie er für die Römer bestand.

[3] Was bedeutet die Bestimmung, daß die Rückgabe erfolgen soll: „wenn der Gläubiger das Geld vonnöthen hat"? Seuff. Arch. II. 33. Rückgabe: „sobald der Schuldner dazu im Stande sein wird", das. XV. 218. Vgl. auch die Citate bei §. 273 Note 2.

hergeleitet werden kann[4]. Ist auch dieß nicht der Fall, so darf zu jeder Zeit zurückgefordert werden[5].

Die Verbindlichkeit, Zinsen zu zahlen, versteht sich beim Darlehn nicht von selbst; sie muß durch besondere Verabredung begründet werden[6]. — Ein besonderer Fall des zinsbaren Darlehns ist der[7], wo der Gläubiger für irgend einen künftigen ungewissen Fall auf die Rückforderung verzichtet, und sich als Prämie für die übernommene Gefahr einen höheren als den gewöhnlichen Zins ausbedingt[8];

---

[4] Die Bewilligung einer gewissen Frist liegt in jeder Darlehnsgabe; sonst würde die Darlehnsgabe gar keinen Sinn haben. Seuffert Pand. §. 310 Note 3. S. außerdem l. 57 pr. D. de pactis 2. 14. „Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat".

[5] Seuff. Arch. V. 273.

[6] Ueber die Wirksamkeit, welche dabei schon das römische Recht dem nudum pactum zuschrieb, s. l. 11 §. 3 D. de pign. act. 13. 7, l. 5 §. 2 D. de solut. 46. 3, l. 3. 4 C. de usur. 4. 32, l. 12 eod., l. 5 §. 1 l. 7 D. de nautico foen. 22. 2. — Ist nicht das zinsbare Darlehn Consensualvertrag? So Demelius Jahrb. f. Dogm. III S. 408, Unger das. VIII S. 15 („Kapitalmiethe"), Suffrian (§ 370 Note 18) S. 8 fg. Ich meine: gewiß dann nicht, wenn dem wirklichen Geben des Darlehns keine Verpflichtung dazu vorhergeht. Aber auch dann nicht, wenn eine solche Verpflichtung vorhergeht ohne eine entsprechende Verpflichtung, das Darlehn zu nehmen. Aber selbst dann nicht nothwendig, wenn auch diese letztere Verpflichtung vorhanden ist; es ist sehr wohl möglich, daß die Parteien auch in diesem Falle nichts gewollt haben, als ein pactum de mutuo dando und mutuo accipiendo. Sondern von einem dem Miethvertrage entsprechenden Consensualvertrage darf nur dann geredet werden, wenn die Absicht der Parteien darauf gerichtet ist, daß jetzt sofort ein Darlehnsgeschäft abgeschlossen sein solle, durch welches der eine Contrahent verpflichtet werde, eine gewisse Summe Geldes zum Gebrauch hinzugeben, der andere dafür eine Zinsvergütung zu zahlen. Und selbst in diesem Fall ist es gewiß nicht gerechtfertigt, ohne Weiteres alle dem Miethvertrage eigenthümlichen Rechtssätze zur Anwendung zu bringen, wie dieß Dankwardt Nationalökonomie und Jurisprudenz II S. 36—42 thut. Vgl. §. 312 Note 5. — Vgl. über das zinsbare Darlehn auch noch Endemann Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 47—58

[7] Dig. 22. 2 Cod. 4. 33 de nautico foenore. Glück XXI S. 151—222.

[8] Der Fall, von welchem das römische Recht ausgegangen, und welcher auch später immer der Hauptfall geblieben ist, ist der, wo das Geld auf ein Schiff, welches eine Reise anzutreten im Begriff ist, mit der Bedingung gegeben wird, daß der Gläubiger nur dann ein Rückforderungsrecht haben solle, wenn das Schiff glücklich an seinen Bestimmungsort ankomme; daher der Ausdruck

die gesetzliche Beschränkung des Zinsmaßes kommt in diesem Fall nicht zur Anwendung[9].[10]

---

nauticum foenus oder traiecticia pecunia. Die spätere Ausdehnung geht aus l. 5 pr. D. h. t. hervor. Nach dieser Stelle kann der Vertrag sogar auf ein solches Ereigniß gestellt werden, dessen Herbeiführung oder Nichtherbeiführung von der Willkür des Schuldners abhängt, z. B. Freilassung oder Nichtfreilassung eines Sclaven. Andere Beispiele, welche die Stelle nennt, sind folgende: Jemand gibt einem Fischer Geld auf einen Fischfang, und verzichtet auf die Rückgabe für den Fall, daß der Fischer nichts fangen sollte; Jemand gibt einem Athleten Geld zu seiner Ausbildung, und verzichtet auf die Rückgabe für den Fall, daß derselbe im Wettkampf den Preis nicht gewinnen sollte; ein Kranker gibt ein Darlehn, und verzichtet auf die Rückgabe für den Fall seiner Genesung (oder Nichtgenesung). Nur die eine Grenze setzt die l. 5 pr. cit., daß der Vertrag nicht ein versteckter Spielvertrag sein darf; d. h. es muß wenigstens von einer der Parteien ein anderes Interesse verfolgt werden, als das des bloßen Gewinnes. Uebrigens ist die Lesart der l. 5 pr. cit. in mehrfacher Beziehung sehr bestritten. S. Glück XXI S. 153 fg. — Ein dem römischen foenus nauticum ähnliches, aber selbständig entwickeltes deutsches Rechtsinstitut ist der Bodmereivertrag. Glück XXI S. 216—219, Beseler deutsch. Privatr. §. 256, Gerber deutsch. Privatr. §. 204. HGB. Art. 680 fg.

[9] Dieß ist das ursprüngliche römische Recht, Paul. S. R. II. 14 §. 3, l. 26 §. 1 C. de usur. 4. 32. Justinian setzte in der zuletzt genannten Stelle das Zinsmaximum auf 12% fest. In Nov. 106 aber bestätigte er ein Gewohnheitsrecht folgenden Inhalts: der Gläubiger dürfe sich ausbedingen — und zwar für die Zeit der Seereise, nicht für das Jahr — entweder den achten Theil des Kapitals, oder den zehnten und außerdem Zollfreiheit für einen modius Getreide auf je einen hingegebenen solidus. Die Nov. 106 ist nun zwar sogleich darauf durch die Nov. 110 wieder aufgehoben worden; aber diese letztere ist nicht glossirt. Danach also würde der Inhalt der Nov. 106 gemeines Recht sein, wenn nicht in Rücksicht darauf, daß das foenus nauticum nur eine Form des Versicherungsvertrages ist, und daß nach feststehenden Grundsätzen bei diesem Vertrag die Bestimmung der Prämie dem Belieben der Parteien anheimgegeben ist, behauptet werden müßte, daß auch das foenus nauticum der gesetzlichen Beschränkung des Zinsmaßes nicht unterliegt. Vgl. Eichhorn Einl. in d. deutsche Privatr. §. 107 a. E. §. 114, Seuffert §. 313 Note 4, Arndts §. 283 Anm.

[10] Eine Stelle von der Lehre vom nauticum foenus, die l. 122 §. 1 D. de V. O. 45. 1, bietet — ohne besondere Grundsätze zu enthalten — der Auslegung Schwierigkeiten dar. S. über dieselbe den Aufsatz von Huschke Zeitschrift f. Civ. u. Pr. N. F. X. 1 (1853) und die Schrift von Goldschmidt: Untersuchungen zu l. 122 §. 1 D. de V. O. (1855).

c. Beweis*.

§. 372.

Was den Beweis des Darlehns angeht, so gilt Besonderes für den Beweis durch schriftliches Empfangsbekenntniß. Die Beweiskraft eines solchen Bekenntnisses ist im römischen Recht bedeutend geschmälert[1]. Dasselbe beweist nämlich nur dann gegen den Aussteller, wenn dieser zwei Jahre[2] hat verstreichen lassen, ohne gegen das Bekenntniß mit der Behauptung aufzutreten, daß dasselbe unwahr sei, und er das Darlehn in Wirklichkeit nicht empfangen

---

* Cod. 4. 30 de non numerata pecunia. — Aus der Literatur ist vor §. 372. Allem hervorzuheben die gründliche und erschöpfende Bearbeitung von Gneist formelle Verträge S. 1—110. 265—318. 388—405 (1845). S. außerdem, aus der Zeit vor dieser Schrift: Pfeiffer vermischte Aufsätze S. 126—187 (1803) und praktische Ausführungen II S. 146—177 (1828), Unterholzner Arch. f. civ. Pr. VII. 1 (1827), Sintenis in Sell's Jahrb. I. 6 (1841); aus der Zeit nachher: Heimbach Lehre vom Creditum S. 633—692 (1849), Bähr Anerkennung §. 27. 62 und Anhang S. 291 fg. (325 fg.) (1855). Jahrb. f. Dogm. II S. 333—349 (1858), Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten 2. Abth. S. 180 fg. (1858), H. Witte Bereicherungsklagen S. 193 —253 (1859), v. Salpius Novation und Delegation S. 314—336 (1864). Ausführlichere Literaturangaben bei Gneist und Schlesinger. — Unterholzner II S. 70—78, Sintenis II S. 264—272 nnd III §. 133 Note 36, Brinz S. 426—429.

[1] Auf Grund der nahe liegenden Betrachtung, daß das Empfangsbekenntniß häufig aus der Hand gegeben wird, bevor das Darlehn wirklich gezahlt ist. Vgl. l. 3 C. de dote cauta 5. 15. — Diese Schmälerung der Beweiskraft schriftlicher Empfangsbekenntnisse wird in den Pandekten nicht erwähnt; im Jahr 198 galt sie, wie aus der interpolirten („asseris“, vgl. l. 1 C. si pign. conv. 8. 33) l. 1 C. h. t. hervorgeht, noch nicht. Dagegen wird sie in Constitutionen von Caracalla als geltend vorausgesetzt, s. namentlich l. 4 C. h. t. Mit vollkommner Sicherheit freilich läßt sie sich erst in einer Constitution von Alexander Severus, l. 8 C. h. t., nachweisen. Ihre Quelle sind ohne Zweifel kaiserliche Rescripte, durch welche sie jedoch weniger eingeführt, als anerkannt und normirt wurde. Vgl. Gneist S. 265—285, Witte S. 197 —201. 225—228.

[2] Zwei Jahre gemäß der Vorschrift Justinian's; vor ihm waren es fünf Jahre. L. 14 C. h. t.; vgl. tit. I. de lit. obl. 3. 21, §. 2 I. de exc. 4. 13. Ursprünglich (bis Diocletian) war die Frist eine einjährige. Cod. Hermog. tit. I (ed. Haenel p. 65). Gneist S. 15; s. jedoch auch Bähr S. 312, dazu Schlesinger S. 235 — Während der Minderjährigkeit des Ausstellers läuft

habe[3]. Während dieser Zeit muß der Gläubiger, wenn er das Darlehn zurückfordert, und der Aussteller der Urkunde den Empfang leugnet[4], zu anderen Beweismitteln greifen[5]. Ebenso muß er zu anderen Beweismitteln greifen, wenn der Aussteller auf Grund der Behauptung, daß er das Darlehn nicht empfangen habe, die Urkunde zurückfordert[6]. Der Aussteller kann sich aber auch auf einen einfachen schriftlichen Protest gegen die Urkunde beschränken; dadurch schließt er die Beweiskraft derselben für alle Zeit aus[7]. Mißbraucht jedoch der Aussteller sein Bestreitungsrecht gegen besseres Wissen, und es gelingt dem Gläubiger, durch

---

die Frist nicht. L 5 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 41; vgl. l. 14 pr. i. f. C. h. t.

[3] Diese Behauptung heißt querela non numeratae pecuniae; der Aussteller, indem er sie aufstellt, queritur de non numerata pecunia. Vgl. Gneist S. 63—89.

[4] Durch die exceptio non numeratae pecuniae, welche die eine mögliche Form der querela non numeratae pecuniae ist (vgl. l. 9 l. 14 pr. §. 4 C. h. t., tit. I. de lit. obl. 3. 21). Wie aber erklärt sich der Ausdruck exceptio, da ja der Beklagte in dem Leugnen des Empfanges den Klagegrund bestreitet? Das römische Recht denkt sich die exceptio non numeratae pecuniae ursprünglich ausschließlich und auch später vorzugsweise als gerichtet gegen eine Urkunde, in welcher nicht bloß der Empfang des Darlehns, sondern auch eine Stipulation auf Rückgabe desselben bezeugt war; es lag nahe, den Namen auch auf den Fall zu übertragen, wo aus einer Urkunde mit Empfangsbekenntniß, aber ohne Stipulationsclausel, geklagt wurde (s. namentlich tit. I. de lit. obl. 3. 21, l. 14 C. h. t.). Gneist S. 266 ob. 398 fg., Schlesinger S. 250 fg., Witte S. 217 fg. Für diejenigen, welche einen neueren römischen Literalvertrag annehmen, wie namentlich Cropp und Bähr (§. 312 Note 2 a. E.), besteht die hier berührte Schwierigkeit nicht.

[5] L. 1 l. 3 l. 10 l. 14 C. h. t., Nov. 18 c. 8. Vgl. auch Nov. 100.

[6] L. 7 C. h. t., l. 3 C. de post. 2. 6, l. 4 C. de cond. ex lege 4. 9. Gneist S. 57—60.

[7] L. 14 §. 4 C. h. t. „In omni vero tempore, quod memoratae exceptioni taxatum est, ei licebit, cui talis exceptio competit, vel (= auch) denuntiationibus scripto missis querelam non numeratae pecuniae manifestare ei, qui numerasse eam vel alias res dedisse instrumento scriptus est . . . eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere". L. 8 C. h. t, l. 5 C. si cert. 4. 2, l. 4 C. de cond. ex lege 4. 9. Der Protest muß an den Gegner gerichtet werden; bei Abwesenheit desselben kann er gerichtlich geschehen, muß aber jedenfalls zur Kunde des Gegners gelangen. L. 14 §. 4 cit., und dazu Auth. *Hanc autem* aus Nov. 100 c. 1. Vgl. v. Löhr in Mag. f. RW. u. Gesetzg. IV S. 386 fg.

andere Beweismittel darzuthun, daß das Darlehn wirklich gegeben worden sei, so trifft den Aussteller die Strafe des Doppelten[8]. Macht der Aussteller von seinem Recht während der gesetzlichen Frist keinen Gebrauch, so beweist nun die Urkunde nicht bloß vollständig gegen ihn, sondern er wird auch nicht mehr zum Gegenbeweise gegen dieselbe zugelassen[9]. — Außer dem Gesagten ist noch Folgendes zu bemerken.

1. Nur solche Urkunden unterliegen der Bestreitung, in denen der Empfang im Allgemeinen, nicht solche, in denen er als in einer bestimmten, näher bezeichneten Vergangenheit geschehen bezeugt ist[10].

2. Das Bestreitungsrecht fällt dadurch weg, daß der Aussteller hinterher die Zahlung als erfolgt anerkennt, was auch stillschweigend durch theilweise Rückzahlung geschehen kann[11].

3. Der Bestreitung gegenüber kann der Beweis auch darauf gerichtet werden, daß nach Uebereinkunft der Parteien die Urkunde ausgestellt worden sei, obgleich die Zahlung weder erfolgt

---

[8] Nov. 18 c. 8 und daraus Auth. *Contra* zu l. 4 C. h. t. Vielfach wird aber diese Strafe für heutzutage unanwendbar gehalten; s. darüber §. 263 Note 4. Vgl. noch Schlesinger S. 267, Wetzell Civilproc. S. 179 (Beide gegen die Anwendbarkeit), Gneist S. 20 (welcher bemerkt, daß die Praxis an Stelle der Privatstrafe meistens arbiträre Strafen eintreten lasse).

[9] L. 8 C. h. t., l. 4 C. de cond. ex lege 4. 9, tit. I. de lit. obl. 3. 21. Vgl. auch l. 14 §. 2 C. h. t., Nov. 100 c. 1 (vv. *ubi enim licet in prolixo sic tempore*). Gneist S. 89 fg. 388 fg. A. M. Viele, entweder schon für das römische Recht, oder mit Berufung auf eine entgegenstehende heutige Praxis. S. den Bericht bei Gneist S. 97 fg. Die entgegenstehende Praxis ist jedenfalls keine ganz allgemeine. Cropp S. 385, Gneist S. 108, Bähr S. 246 (270), Schlesinger S. 328. Vgl. auch noch Sintenis II §. 96 Anm. 45, Wetzell Civilproc. §. 22 Note 35 (von denen der Erste nach heutigem, der Letzte schon nach römischem Recht den Gegenbeweis ausschließt). Für die Zulässigkeit des Gegenbeweises: Seuff. Arch. VI. 179, VIII. 250, XVI. 107, XVII. 180, XX. 125; dawider V. 152 (275).

[10] Nur bei Urkunden der ersten Art ist die in Note 1 bezeichnete Gefahr für den Aussteller vorhanden. Urkunden der zweiten Art unterliegen der Bestreitung eben so wenig, wie diejenigen, in denen irgend eine andere antecedens causa debendi bezeichnet ist. L. 13 vgl. l. 5 C. h. t. Gneist S. 286 fg. 304 fg. Seuff. Arch. X 254.

[11] L. 4 C. h. t. Vgl. Gneist S. 52 fg., Sintenis Lehrb. a. a. O. Anm. 42. Seuff. Arch. VI. 26, X. 254.

war, noch auch erwartet wurde. Die Urkunde enthält in diesem Falle einen reinen Vertrag[12].

4. Die im Vorstehenden entwickelten Grundsätze gelten auch für Empfangsbekenntnisse bei darlehnartigen Geschäften, d. h. bei Geschäften, welche wie das Darlehn auf generische Rückgabe einer hingegebenen Quantität fungibler Sachen gerichtet sind[13], mit Ausnahme jedoch der (uneigentlichen) Hinterlegung[14].[15]

---

[12] Ein abstraktes Leistungsversprechen. Der Aussteller der Urkunde verspricht dadurch 100, daß er sich anheischig macht, sich behandeln zu lassen, als habe er 100 zum Darlehn empfangen; der Bestimmungsgrund zu diesem Versprechen kann jeder beliebige sein (vgl. § 364 Note 3). — Hierher gehört auch der Fall, wo der Aussteller der Urkunde in derselben auf die exc. non numeratae pecuniae verzichtet. Er verspricht dadurch, sich als Darlehnsschuldner behandeln zu lassen, auch wenn er kein Darlehn erhalten haben sollte. Die Behauptung, daß der Verzicht nur als eidlicher wirksam sei (s. z. B. Sintenis Lehrb. Anm. 44), hat keinen Grund, am wenigsten in l. 16 C. h. t. Vgl. Gneist S. 56. 57. Gegen die Wirksamkeit des Verzichtes: Seuffert Pand. §. 311 Note 12; ferner Seuff. Arch. V. 276, X. 38, XII. 260; Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 277—278 (Seuff. Arch. XIX. 225).

[13] Also z. B. beim uneigentlichen Nießbrauch, der locatio conductio irregularis. So verstehe ich l. 14 pr. C. h. t.: „In contractibus in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur“, in Verbindung mit l. 5 C. h. t., wo die exc. non numeratae pecuniae auf „credita pecunia“ beschränkt wird. S. über die verschiedenen Meinungen Gneist S. 294—304 (welcher selbst nicht über das Darlehn hinausgehen will), Bähr S. 317 (354), Schlesinger S. 257. 258, Witte S. 212.

[14] Nach der ausdrücklichen Bestimmung in l. 14 §. 1 C. h. t.

[15] Das hier dargestellte Rechtsinstitut verdient vom legislatorischen Standpunkt keine Billigung. Es schützt den Schuldner gegen eine mögliche Ungerechtigkeit dadurch, daß es den Gläubiger der Gefahr einer gleichen Ungerechtigkeit aussetzt. Damit nicht ein gewissenloser Gläubiger den Schuldner zur Rückzahlung eines nicht empfangenen Darlehns nöthigen könne, wird eine Einrichtung getroffen, welche es dem gewissenlosen Schuldner möglich macht, dem Gläubiger ein wirklich empfangenes Darlehn vorzuenthalten. Ist aber nach Lage der Umstände die Gefahr einer Ungerechtigkeit nicht zu vermeiden, so ist es doch gewiß billiger, daß diese Gefahr den treffe, für welchen kein Beweismittel spricht, als den, welcher mit einem solchen versehen ist. Deßwegen hat die querela non numeratae pecuniae in der neueren Particulargesetzgebung keine Gunst erfahren. S. die Citate bei Gneist S. 110 Note 8 und ein bayerisches Gesetz vom 26. März 1859; HGB. Art. 295. — In der neueren Zeit sind aber auch Versuche gemacht worden, schon das römische Recht gegen die dargestellten Sätze zu schützen, — von Bähr und Schlesinger an den bei * genannten Orten.

d. Verbot des Darlehns an Hauskinder.

§. 373.

Hauskindern soll kein Gelddarlehn gegeben werden; wer es dennoch thut, hat kein Rückforderungsrecht[1].

Bähr und Schlesinger behaupten übereinstimmend, das Besondere der querela non numeratae pecuniae bestehe nicht darin, daß die Beweiskraft der Empfangsurkunde während einer gewissen Zeit gemindert sei, sondern darin, daß diese Beweiskraft nach Ablauf einer gewissen Zeit sich steigere. Im Einzelnen weichen sie von einander ab. Bähr lehrt: durch die Vorschützung der querela non numeratae pecuniae werde allerdings der Gläubiger zum Beweis genöthigt, aber diesen Beweis führe er eben durch die Urkunde selbst, und dem Schuldner sei nur Gegenbeweis gestattet, — aber nicht mehr gestattet, wenn der Schuldner sich der Urkunde gegenüber zwei Jahre lang ruhig verhalten habe. Nach der Ansicht Schlesinger's geht die querela non numeratae pecuniae nicht sowohl darauf, daß der Antragsteller damals bei Ausstellung der Urkunde noch nicht empfangen gehabt, als vielmehr darauf, daß er später nicht empfangen habe; der Aussteller müsse also, um sie geltend machen zu können, vorher nachweisen, daß die Urkunde wirklich in Erwartung künftiger Zahlung ausgestellt worden sei; das Recht, zu behaupten, daß dieß geschehen, verliere er aber durch den Ablauf von zwei Jahren, hiermit jedoch nicht auch zugleich das Recht des Gegenbeweises. — Meiner Ansicht nach scheitert die eine und die andere Auffassung an dem Inhalt unserer Quellen. Wenn auch eine Reihe von Quellenzeugnissen in ihrem Sinn ausgelegt werden können, so ist dieß doch bei anderen offenbar willkürlich oder geradezu unmöglich. S., was die Bähr'sche Auffassung angeht, namentlich (wenn man auch von der vielgedeuteten l. 13 C. h. t. absehen will) Nov. 18 c. 8, Nov. 100; gegen Schlesinger außer diesen Stellen l. 1 l. 10 und besonders l. 5 C. h. t. Gegen diese neuen Auffassungen haben sich erklärt Gneist Comm. de causae probatione stipulatoris p. 7, Windscheid krit. VJSchr. III S. 109—114, Brinz S. 426—429, Witte S. 228 fg. (hauptsächlich gegen Bähr), Sintenis III §. 133 Anm. 36 (gegen Schlesinger); für Bähr (Schlesinger?) Wetzell Civilproc. S. 143. 177. — Eine besondere Auffassung der exc. non numeratae pecuniae für die ältere Zeit (vor Einführung ihrer zeitlichen Beschränkung) vertritt v. Salpius a. a. O. Die Erwähnung der numerata pecunia sei bei der Stipulation inhaltlose Form, deßwegen die exc. non numeratae pecuniae nichts als exc. doli im weitesten Sinn gewesen, zu deren Begründung der Schuldner vorerst die der Stipulation wirklich zu Grunde liegende causa habe beweisen müssen.

* Dig. 14. 6 de Senatusconsulto Macedoniano. Cod. 4. 28 ad Senatusconsultum Macedonianum. — Dietzel das Senatusconsultum Macedonianum (1856). Schwanert die Natural-Obligationen S. 341—363 (1861). Dueckers de Senatusconsulto Macedoniano (Inauguralabhandlung 1866, gut). Glück XIV S. 302—354; Unterholzner I S. 147—153, Sintenis II S. 512—516. §. 373.

[1] Dieser Rechtssatz ist durch einen Senatsschluß aus der Regierung

1. Unter Hauskindern sind zu verstehen Personen unter väterlicher Gewalt[2], ohne Rücksicht auf Geschlecht[3] und Alter[4]. Auch auf die Lebensstellung des Hauskindes kommt an und für sich nichts an[5]; insofern jedoch das Hauskind kraft der Lebensstellung, welche es zur Zeit der Darlehnsaufnahme einnimmt, das Recht der freien Verfügung über das von ihm Erworbene hat, wird dem Darlehnsgläubiger bis zum Belange des mit diesem Recht

---

K. Vespasian's (Sueton. Vesp. c. 11) eingeführt worden. Das Verhältniß, welches der Senat im Auge hatte, ist ein zu allen Zeiten wiederkehrendes: junge Leute, welche einen leichtsinnigen Lebenswandel führen, machen Schulden auf die väterliche Erbschaft („in mortem parentum", Tacit. Ann. XI. 13, vgl. die Worte des Senatsschlusses „etiam post mortem patris eius" und „exspectata patris morte"), und es finden sich Personen, welche ihnen auf dieselbe („incertis nominibus", Worte des Senatsschlusses), natürlich gegen harte Bedingungen, Geld leihen, und dadurch ihrem tadelnswerthen Wandel Vorschub leisten. Auf diesem Wege war ein gewisser Macedo bis zum Vatermorde gekommen (Theoph. ad §. 7 I. quod cum eo 4. 7, vgl. auch l. 3 §. 3 D. h. t.), und dieß veranlaßte den Senat zu der Bestimmung: — „placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen exspectata patris morte fieri". L. 1 pr. D. h. t., s. auch §. 7 I. cit. — Der Grundgedanke des Dietzel'schen Buches ist, daß der Senatsvorschrift nicht der hier bezeichnete „polizeiliche" oder „criminalpolitische" Gesichtspunkt zu Grunde liege, sondern ein „rein rechtlicher", nämlich die Vermögensunfähigkeit der Kinder, und daß jene Vorschrift nicht sowohl den Zweck habe, die Gläubiger vom Darlehngeben abzuhalten, als vielmehr den, die Hauskinder (und ihre Väter) zu schützen. Ich halte sowohl diesen Grundgedanken, als dessen Ausführung im Einzelnen für verfehlt. Allerdings ist die Vermögensunfähigkeit des Hauskindes Voraussetzung der Senatsvorschrift (s. Note 6); aber nur deßwegen, weil gerade dadurch das in mortem patris credere in seiner vollen Nacktheit hervortritt.

[2] Den Ausdruck im weiteren Sinn gefaßt, so daß er auch auf die Gewalt des Großvaters ꝛc. ꝛc. geht. L. 14 D. l. 6 §. 1 C. h. t., §. 7 I. quod cum eo 4. 7. Adoptivkinder: l. 1 §. 2 D. h. t.

[3] L. 9 §. 2 D. h. t.

[4] Die Vorschrift gilt nicht bloß für Minderjährige, sondern auch für Großjährige. Ja sie ist vorzugsweise auf Großjährige berechnet, da von Darlehen an Minderjährige schon die Furcht vor der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abhalten wird.

[5] L. 1 §. 3 D. h. t. „In filiofamilias nihil dignitas facit, quominus SCum Macedonianum locum habeat. Nam etsi consul sit, vel cuiusvis dignitatis, SCo locus est".

der freien Verfügung Erworbenen ein Rückforderungsrecht nicht versagt[6].

2. Verboten sind nur Gelddarlehen, nicht Darlehen von an=

---

[6] Die in der vorigen Note citirte Stelle fährt fort: — „nisi forte castrense peculium habet, tunc enim SCum cessabit", und l. 2 eod. fügt hinzu: — „usque ad quantitatem castrensis peculii, cum filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamilias fungantur". Dazu l. 7 §. 1 C. h. t., wo Justinian vorschreibt, daß jedes von einem Soldaten aufgenommene Darlehn gültig sei. Jedoch gehen die Meinungen über die richtige Auffassung dieser Stellen und das aus ihnen Herzuleitende sehr auseinander, vgl. die Citate bei Dietzel S. 23 fg., Dueckers p. 116 sqq. 1) Eine sehr verbreitete Ansicht versteht die l. 7 §. 1 C. cit. ihrem Wortlaute nach dahin, daß das von einem Soldaten aufgenommene Darlehn unbedingt gültig sei, so daß also sowohl er selbst unabhängig vom Bestande und vom Dasein eines castrensischen Peculiums, als auch der Vater mit der actio de peculio (Note 15) hafte. Der Grund, weßwegen ich meinerseits bei dem Wortlaute der Stelle nicht stehen bleiben zu dürfen glaube, liegt in dem Schluß derselben. „In plurimis enim iuris articulis filiifamilias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui iuris sunt" — das ist wahr nur für den castrensischen Erwerb, und erinnert auffallend an l. 2 D. cit. — „et ex praesumtione omnis miles non creditur in aliud quidquam pecuniam accipere vel expendere, nisi in causas castrenses": wozu dieß, wenn Justinian sich die Darlehnsfähigkeit des Soldaten ohne alle Verbindung mit seiner castrensischen Erwerbfähigkeit gedacht hätte? Ich sehe in diesen Worten einen sehr deutlichen Hinweis auf den wirklichen Gedanken Justinian's. So weit der Haussohn erwerbfähig ist, will er aussprechen, ist derselbe auch darlehnsfähig. Aber muß man nicht, wirft Justinian sich ein, seine Darlehnsfähigkeit auf den Fall beschränken, wo er ein Darlehn gerade für den ihm möglichen Erwerb aufnimmt? Diese Frage verneint Justinian. 2) Von Manchen wird aus l. 1 §. 3 D. cit. der Satz hergeleitet, daß der Haussohn bis zum Betrage des castrensischen Peculiums, welches er zur Zeit der Belangung habe, auch dann hafte, wenn er zur Zeit der Darlehnsaufnahme noch nicht Soldat gewesen sei. Ich glaube, daß die Worte „nisi habeat castrense peculium", wenn man ihren Zusammenhang mit dem Vorhergehenden (namentlich auch §. 2) berücksichtigt, die Beziehung auf eine andere Zeit, als die der Darlehnsaufnahme, nicht zulassen. Von der andern Seite darf man aus denselben nicht, wie Viele thun, den Satz herleiten, daß der Haussohn zur Zeit der Darlehnsaufnahme nicht bloß Soldat gewesen sein, sondern auch ein castrensisches Peculium schon wirklich gehabt haben müsse. Entweder bleiben die genannten Worte bei dem gewöhnlichen Fall stehen — ohne allen castrensischen Erwerb wird der Soldat kaum jemals sein — oder es ist zu sagen, daß in dieser Beziehung Justinian eine weiter gehende Bestimmung getroffen habe. 3) Das in Betreff des castrensischen Erwerbes Geltende wird von der herrschenden Meinung auch auf das peculium quasi castrense, von Manchen auch auf das peculium adven-

deren vertretbaren Sachen[7], und nur solche Darlehen, bei welchen das Hauskind wirklich Geld erhält; das Verbot bezieht sich nicht auf solche Fälle, wo dem Hauskind gestattet wird, das, was es schuldig ist, als Darlehn zu behalten[8].

3. Das Verbot gilt nicht für Darlehen, welche mit Zustimmung des Vaters gegeben werden, mag dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend[9], gleichzeitig vorhergehend oder nachfolgend

ticium irregulare ausgedehnt. Meine Auffassung ist diese. Ich finde keine Schwierigkeit darin, das in den Quellen für den filiusfamilias miles Anerkannte auf solche Haussöhne auszudehnen, welche wie dieser eine sie zum Erwerbe befähigende Lebensstellung einnehmen, also auf den Staats- Hof- und Kirchendiener und den Advocaten; wer einer solchen Person leiht, leiht ebensowenig wie derjenige, welcher einem Soldaten leiht, bloß in mortem patris. Aber dadurch wird das in mortem patris Leihen nicht ausgeschlossen, daß der Haussohn möglicherweise von dem Landesherrn oder seiner Gemahlin etwas geschenkt erhalten, oder daß möglicherweise einer der außerordentlichen Fälle des pec. adventicium irregulare eintreten kann. 4) Dietzel, welcher mit dem zu 1 und 2 Gesagten übereinstimmt, will die Senatsvorschrift nicht bloß in allen Fällen des pec. quasi castrense und nicht bloß beim pec. adventicium irregulare, sondern auch beim pec. adventicium regulare ausgeschlossen wissen und kommt so zu dem Resultate, daß sie heutzutage gar nicht mehr anwendbar sei (S. 151. 152 fg.). Aber es liegt auf der Hand, daß die Aussicht auf Befriedigung für den Darlehnsgeber eine gleich unsichere ist, mag der Empfänger erwerbunfähig, oder mag er dispositionsunfähig sein. 5) In dem Urtheil des OAG. zu Wolfenbüttel bei Seuff. Arch. XV. 20 wird angenommen, daß, wie der Soldat, so auch der Sachwalter unbedingt darlehnsfähig sei. — Für das heutige Recht kommt übrigens in Betracht, daß mit einer Lebensstellung, welche die Möglichkeit eigenen Erwerbes gewährt, von welcher Art sie auch sonst sein mag, regelmäßig auch die Begründung eines eigenen Haushaltes, und damit die Auflösung der väterlichen Gewalt, verbunden sein wird (§. 525 Note 20).

[7] L. 7 §. 3 D. h. t. Viel weniger andere Contracte, l. 3 §. 3 eod. L. 7 pr. §. 2 l. 13 eod. Vgl. auch l. 3 §. 4 — l. 6 eod. Ob das Darlehn verzinslich ist oder nicht, ist gleichgültig, l. 7 §. 9 eod.

[8] L. 3 §. 3 D. l. 3 C. h. t.

[9] Ausdrückliche Zustimmung: l. 2 l. 4 l. 5 i. f. l. 7 pr. C. h. t. Vgl. l. 12 l. 14 D. eod. Eine stillschweigende Zustimmung liegt unter Anderem in dem Nichtwiderspruch des Vaters, welcher von dem Darlehn weiß, l. 7 §. 11. 12 (vv. *si pater ignoravit*) vgl. auch l. 16 D. h. t. — vorausgesetzt daß der Sohn das Darlehn nicht etwa für fremde Rechnung nimmt, z. B. als institor eines Andern, l. 7 §. 11 cit. Vgl. Dueckers p. 46. — Der Satz, daß die Zustimmung des Vaters das Darlehn gültig mache, wird gewöhnlich als „Ausnahme" von der Senatsvorschrift dargestellt. Es scheint

sein[10]. Das Verbot gilt aber ferner auch nicht für solche Darlehen, welche der Vater, obgleich er ihnen nicht zugestimmt hat, als in seinem Interesse gegeben anerkennen muß[11].

---

mir aber auf der Hand zu liegen, daß er sich unmittelbar aus dem Sinn der Senatsvorschrift als Beschränkung ihres zu allgemein gefaßten Wortlautes ergibt. Der Senat wollte verhüten, daß nicht junge Leute durch Darlehne die Mittel zu einem tadelnswerthen Lebenswandel gewönnen; durch die Zustimmung des Vaters ist natürlich diese Besorgniß ausgeschlossen. — Das über die Natur dieses Satzes Gesagte gilt in gleicher Weise von den Sätzen zu Note 11 u. 12.

[10] L. 7 pr. C. h. t., l. 7 §. 15 l. 16 D. eod.

[11] In denen eine in rem patris versio liegt. L. 7 §. 12—14 l. 17 D. h. t., l. 2 l. 5 C. h. t., l. 47 i. f. D. de solut. 46. 4, Nov. 115 c. 3 §. 13. Dietzel §. 9. 10. Im Einzelnen entscheiden die Grundsätze der actio de in rem verso. Hiernach greift die Senatsvorschrift namentlich auch dann nicht Platz, wenn das Kind Geld aufnimmt, um eigene Bedürfnisse zu befriedigen, welchen der Vater, wenn das Darlehn nicht aufgenommen worden wäre, aus seinen Mitteln abgeholfen haben würde, l. 7 §. 14 l. 2. 5 C. h. t., l. 47 i. f. D. de solut. 46. 3. Vgl. §. 483. — Ich stelle hierher auch l. 7 §. 14 D. h. t. „Si filiusfamilias accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione non summoveretur, SC[i] cessat exceptio". Ich beziehe diese Stelle auf eine Schuld des Vaters, welche der Sohn für denselben bezahlt. Andere verstehen die Stelle von einer eigenen Schuld des Sohnes, und gründen auf dieselbe entweder eine Ausnahme folgenden Inhalts: wenn das Hauskind ein Darlehn aufnimmt, um einen Gläubiger zu befriedigen (Vangerow S. 456 unt., Sintenis S. 516, Dueckers p. 163 sqq., [dieser theilweise, in Betreff der Verhaftung des Hauskindes selbst], Dietzel), oder erweitern die Ausnahme in Verbindung mit l. 47 §. 1 D. de solut. 46. 3 zu dem Satze, daß die Senatsvorschrift auch dann nicht Platz greife, wenn das Darlehn durch das Bedürfniß, oder durch ein unabweisliches Bedürfniß, des Hauskindes gerechtfertigt sei. Es ist dieß nun an und für sich ein sehr anmuthender Gedanke, daß der Darlehnsgläubiger sich gegen die Senatsvorschrift auch durch den Nachweis solle schützen dürfen, daß es nicht Zwecke des Leichtsinns und der Ausschweifung seien, zu welchen das Hauskind das Darlehn genommen habe. Aber ich glaube nicht, daß die römische Jurisprudenz in der Beschränkung des Wortlauts der Senatsvorschrift so weit gegangen ist. Es scheint mir, sie hat sich zum Bewußtsein gebracht, wie gefährlich und abschüssig der Boden sei, welchen sie damit betrete, und sie ist einfach bei dem Satze stehen geblieben: dem Hauskind als solchem soll kein Darlehn gegeben werden; erlaubt wird das Darlehn nur dadurch, daß es mit Zustimmung oder zu Zwecken des Vaters gegeben wird. Was aber l. 7 §. 14 cit. speciell angeht, so ist darauf aufmerksam zu machen, daß nach l. 7 §. 12 D. h. t. die Senatsvorschrift nicht wegfällt („SC[o] locus erit"), wenn das Hauskind zum Zwecke der

4. Die nachtheilige Folge der Uebertretung des Verbotes trifft nicht den Gläubiger, welcher kraft eines entschuldbaren Irrthums das Hauskind für einen selbständigen Menschen gehalten hat[12].

5. Die nachtheilige Folge der Uebertretung des Verbots besteht darin, daß der Gläubiger kein Rückforderungsrecht hat; näher: daß seinem an und für sich begründeten Rückforderungsrecht eine Einrede entgegengesetzt werden kann[13]. Diese Einrede steht dem Hauskinde nicht bloß während der Dauer der väterlichen Gewalt, sondern auch nach Auflösung derselben zu[14]; sie steht ferner nicht bloß dem Hauskinde selbst zu, sondern auch dem Vater, wenn dieser wegen des dem Kinde überlassenen Sondergutes in Anspruch

---

Bezahlung einer eigenen Schuld an den Vater borgt; ferner, daß in §. 11 der l. 7 von der voluntas des Vaters die Rede ist, in §. 12 und 13 von der in rem patris versio, in §. 15 von der Ratihabition des Vaters: ist es da nicht wahrscheinlich, daß auch der §. 14 auf den Vater zu beziehen ist? Uebereinstimmend mit dem hier Gelehrten entschied das OAG. zu Dresden bei Seuff. Arch. XI. 229.

[12] L. 3 pr. §. 1 l. 19 D. l. 1. 2 C. h. t., vgl. l. 10 D. de re iud. 42. 1. Wie ist zu entscheiden, wenn das Darlehn von Mehreren als Correalgläubigern oder an Mehrere als Correalschuldner gegeben wird, und der Irrthum ist nur bei Einem, oder nur in Beziehung auf Einen vorhanden? Darüber l. 7 §. 7. 8 D. h. t. Vgl. Dietzel S. 26 fg. 90. 99, Vangerow S. 456, Dueckers p. 142 sqq. Dietzel steht auch hier unter dem Einfluß seiner unrichtigen Auffassung des Princips der Senatsvorschrift.

[13] Die exceptio SCi Macedoniani. Vgl. Dietzel S. 102 fg., Schwanert S. 346, Dueckers p. 36—45. Diese Einrede kann auch noch in der Executionsinstanz vorgebracht werden. Bayer Vorträge S. 630, Wetzell Civilproc. §. 47 Note 123. Das Urtheil des OAG. zu Rostock bei Buchka und Budde Entscheidungen V Nr. 50 fügt die Beschränkung hinzu: vorausgesetzt daß der Proceß noch während der Dauer der väterlichen Gewalt angestellt wurde, — weil sonst in der Nichtvorschützung der Einrede eine bindende Anerkennung liege. Ebenso E. A. Seuffert in Seuff. Pand. §. 312 Note 6. S. darüber unten Note 17. — Genügt der Beweis, daß zur Zeit der Darlehnsaufnahme der Vater noch gelebt habe, oder muß der Beweis auf das Bestehen der väterlichen Gewalt zur Zeit der Darlehnsaufnahme gerichtet werden? Seuff. Arch. XII. 339 (vgl. XV. 36).

[14] „Etiam post mortem patris", l. 1 pr. D. h. t.; Paul. S. R. II. 10 §. 1. Gerade auf diese Zeit ist die Einrede berechnet, da vorher dem Gläubiger die Möglichkeit der Befriedigung schon durch die Vermögenslosigkeit des Hauskindes abgeschnitten ist.

genommen wird[15]. Jedoch schließt diese Einrede eine natürliche Verbindlichkeit des Hauskindes nicht aus; über das Maß, in welchem dieselbe rechtliche Anerkennung gefunden hat, s. §. 289 Nr. 5[16].

---

[15] L. 6 pr. C. l. 7 §. 10 D. h. t., s. auch l. 9 §. 2 eod. Der actio quod iussu, institoria, de in rem verso haftet der Vater, weil in den Fällen derselben das Verbot der Senatsvorschrift gar nicht Platz greift (Nr. 3). — Mit den genannten Stellen steht es nicht in Widerspruch, wenn in l. 18 D. h. t. in Verbindung mit l. 11. 12 D. de fidei. 46. 1 die Möglichkeit einer actio de peculio aus einem gegen den Senatsschluß gegebenen Darlehn dennoch anerkannt wird. Denn diese actio de peculio geht nur auf die Bereicherung. Es ist bekannt, daß die actio de peculio und die actio de in rem verso una actio sind mit doppelter Condemnation; ihr vollständiger Name ist: actio de peculio deque eo quod in rem domini etc. versum est. Uebrigens konnte auch mit der actio de peculio als solcher das in rem versum eingefordert werden, vgl. z. B. l. 19 D. de in rem verso 15. 3. — Die in l. 12 §. 13 D. mand. 17. 1 gewährte actio de peculio ist ausdrücklich an die Voraussetzung gebunden, daß das Darlehn nicht „contra Senatusconsultum" (z. B. mit Wissen des Vaters oder bei iusta ignorantia des Gläubigers) gegeben worden sei; bei l. 3 §. 4 i. f. D. de min. 4. 4 ist eine Auslegung in diesem Sinne wenigstens möglich; l. 1 C. ne fil. pro patre 4. 13 gibt nach der richtigen Lesart (neque contra statt neque si contra) eine actio de peculio bei Verletzung des Senatsschlusses nicht. — Vgl. über die verschiedenen Ansichten Dietzel S. 59 fg., Dueckers p. 72 sqq.

[16] Im Einzelnen bemerke man: die natürliche Verbindlichkeit des Hauskindes zeigt sich namentlich auch darin wirksam, daß es das Gezahlte nicht zurückfordern kann (§. 289 Note 18). Zahlt es aber, während es noch Hauskind ist, so zahlt es fremdes Geld, Geld, welches im Eigenthum des Vaters steht: hat nicht wenigstens der Vater ein Rückforderungsrecht? Gewiß eine Vindication, wenn die Geldstücke noch vorhanden sind; aber auch ein obligatorisches Rückforderungsrecht, wenn der Gläubiger dieselben verbraucht hat? Hätten wir diese Frage aus allgemeinen Grundsätzen zu beantworten, so würden wir über die zu gebende Antwort keinen Augenblick zweifelhaft sein: wir würden sagen, dem Vater stehe ein Rückforderungsrecht nicht zu, wenn der Gläubiger das Geld redlicher Weise verbraucht habe; denn dann sei der Gläubiger zwar um den Werth des Geldes reicher geworden, zugleich aber auch um sein Forderungsrecht ärmer (§. 342 Note 3). Dagegen hafte der Gläubiger dem Vater allerdings, wenn er das Geld unredlicher Weise verbraucht habe, mit rei vindicatio und actio ad exhibendum (als fictus possessor), condictio sine causa und furtiva. Wenn wir nun finden, daß von zwei Quellenstellen, beide von demselben Verfasser, die eine dem Vater eine condictio zuspricht (l. 9 §. 1 D. h. t.), die andere sie ihm abspricht (l. 14 D. de R. C. 12. 1), so ist doch gewiß das Natürlichste, dieß aus der so eben ent-

6. Die Einrede wird verloren durch Verzicht des Hauskindes, nachdem es selbständig geworden ist, d. h. durch einen mit dem Gläubiger abgeschlossenen Vertrag, durch welchen das gewesene Hauskind sich verpflichtet, von der Einrede keinen Gebrauch zu machen. Eine nicht vertragsmäßige Anerkennung genügt nicht[17].

---

wickelten Unterscheidung zu erklären. Dem stehen auch die Worte „ex omni eventu" in der ersten Stelle nicht entgegen; dieselben wollen nicht sagen, daß der Vater die Condiction unter allen Umständen habe, sondern daß der Vater, wenn nicht die Vindication, „jedenfalls" die Condiction habe. Diese Vereinigung der beiden Stellen ist denn auch schon vielfach geltend gemacht worden (Glück XIV S. 318, Unterholzner I S. 149 Note n, Witte Bereicherungsklagen S. 299). Andere glauben, daß in der l. 14 cit. nur die condictio ex mutuo, nicht die condictio sine causa abgesprochen werde (Sintenis II §. 108 Anm. 48); noch Andere halten den Widerspruch für unlösbar (Dietzel S. 122 fg., Brinz S. 394, Voigt cond. ob causam S. 752—754, Dueckers p. 89 sqq.). Puchta Vorles. zu §. 306 ist in der Sache der hier vertretenen Meinung, will aber in l. 9 §. 1 cit. „condictionem" in „vindicationem" abändern. Auch Schwanert Naturalobl. S. 192 fg. sieht in dieser Aenderung das einzige Hülfsmittel, lehrt aber in der Sache, daß der Vater unter keinen Umständen ein obligatorisches Rückforderungsrecht habe.

[17] Uebereinstimmend Dueckers p. 122 sqq.; anders die herrschende Meinung. Es kommt hier auf folgende Stellen an. a) L. 9 pr. D. h. t. In dieser Stelle wird mit deutlichen Worten gesagt, daß Verpfändung für die Schuld die exc. SC^{i} nur soweit ausschließe, wie das Pfand reiche. (S. übrigens auch Dernburg Pfandrecht I S. 548.) b) Es ist nicht abzusehen, weßwegen theilweise Zahlung eine weiter gehende Wirkung haben sollte, als theilweise Verpfändung; daher ist l. 7 §. ult. D. h. t. („Si paterfamilas factus solverit partem debiti, cessabit SC^{um}, nec solutum repetere potest") davon zu verstehen, daß das SC^{um} eben für das Gezahlte wegfalle, und in l. 9 pr. cit. statt „sed" zu lesen „sed et". Diese Erklärung wird theilweise auch von Solchen vertreten, welche sonst die Anerkennung schlechthin als Grund des Ausschlusses der Einrede zulassen, vgl. den Bericht bei Dietzel S. 132, Vangerow S. 455. c) L. 2 C. h. t. „Zenodorus si . . . suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est". Es ist nicht nothwendig, unter der hier genannten Anerkennung eine andere Anerkennung zu verstehen, als eine solche, wie sie auch in der Novation liegt, d. h. Abschluß eines Rechtsgeschäftes, durch welches die Schuld als gültig behandelt wird, also Verpfändung, Erfüllungsversprechen, Bürgschaftsbestellung. Diese Rechtsgeschäfte, soll gesagt werden, sind gültig (wegen der zu Grunde liegenden natürlichen Verbindlichkeit); es soll nicht gesagt werden, daß sie auch über sich selbst hinaus wirken, und auch denjenigen Theil der Schuld ein-

Verzicht während der Dauer der väterlichen Gewalt ist unverbindlich[18]. — Die Einrede gilt ferner nicht gegenüber dem Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[19].

2. Die Leihe*.

a. Das Leihen im engeren Sinn**.

α. Begriff.

§. 374.

Eine Sache leihen heißt: Jemandem eine Sache hingeben mit Einräumung der Befugniß, sie in gewisser Weise, und zwar unentgeltlich, zu gebrauchen[1], und mit Auferlegung der Verpflichtung, sie nach gemachtem Gebrauch zurückzugeben. Durch die

---

forderbar machen, welcher durch sie nicht gedeckt wird. Vgl. für diesen Sinn von agnoscere l. 64 D. de cond. ind. 12. 6. — Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 275—277.

[18] So wird allgemein gelehrt, und unbezweifelbar richtig für den Fall, wo der Verzicht sogleich bei der Darlehnsaufnahme ausgesprochen wird. Wollte man einen solchen Verzicht zulassen, so würde man damit gegen die Absicht des Senatsschlusses verstoßen; Schuldner von der Art, wie der Senat sie im Sinne hat, werden, um ein Darlehn zu erlangen, sofort zu einem Verzichte bereit sein. Dagegen ist nicht unzweifelhaft die Unverbindlichkeit des Verzichtes, welcher nach der Darlehnsaufnahme ausgesprochen wird. Wenn das Hauskind dem Gläubiger schenkungsweise direct 100 versprechen wollte, so wäre das Versprechen unbedingt gültig: warum sollte es ungültig sein, wenn das Hauskind dem Gläubiger verspricht, gegen seine Darlehnsforderung von 100 eine ihm zustehende Einrede nicht geltend machen zu wollen? Dennoch wird man auch in Beziehung auf diesen Verzicht bei der herrschenden Meinung stehen bleiben müssen wegen l. 2 C. h. t. Das argumentum a contrario (aus „suae potestatis factus") ist in dieser Stelle bei der Vollständigkeit, womit dieselbe offenbar die Fälle des Wegfalls der exc. SCi aufzuzählen sich bemüht, kaum abzulehnen. Ist aber selbst das erneute Versprechen des Verschuldeten für das Hauskind unverbindlich, so ist es gewiß der einfache Verzicht auf seine Einrede.

[19] L. 11 §. 7 D. de min. 4. 4.

* G. E. Schmidt das commodatum und precarium (1841). Kritz Pandektenrecht Thl. I Bd. 1 S. 385—460 (1837). §. 374.

** Dig. 13. 6 commodati vel contra. Cod. 4. 23 de commodato. — Glück XIII S. 246—474; Unterholzner II S. 552—560, Sintenis II S 547—551.

[1] Der Hingebende bleibt Eigenthümer; ja er behält den juristischen Besitz,

Annahme der geliehenen Sache kommt ein Vertrag zu Stande[2], der Leihvertrag.

1. Geliehen werden kann Alles, was durch den Gebrauch, zu welchem es hingegeben wird, nicht aufgebraucht wird, wenn es auch im Verkehr gewöhnlich nur als verbrauchbar in Betracht kommt[3]. Geliehen werden kann ferner das Unbewegliche sowohl, wie das Bewegliche[4]. Auch das thut der Gültigkeit des Vertrages keinen Eintrag, daß die geliehene Sache nicht im Eigenthum des Leihenden steht[5]; steht sie dagegen im Eigenthum des Empfängers selbst, so ist der Leihvertrag nur dann gültig, wenn sie als Sache des Empfängers geliehen worden ist[6], nicht aber, wenn dieser über sein Eigenthum im Irrthum war[7]. Ebenso hört die Verbindlichkeit des Empfängers auf, wenn derselbe hinterher das Eigenthum der geliehenen Sache erwirbt[8].

2. Der Gebrauch, zu welchem die Sache hingegeben wird, kann ein mehr oder minder umfassender sein; er kann im Vertrage ausdrücklich bezeichnet sein, oder sich aus den Umständen als gewollt ergeben[9].

---

da der Empfänger in seinem Namen besitzt (I §. 155 Note 3). L. 8. 9 D. h. t., l. 3 §. 20 l. 20 D. de acq. poss. 41. 2.

[2] Der Leihvertrag ist ein Realvertrag. §. 2 I. quib. mod. re 3. 14. „Item is, cui aliqua res utenda datur, i. e. commodatur, re obligatur". L. 1 §. 3 D. de O. et A. 44. 6.

[3] L. 3 §. 6 l. 4 D. h. t. „Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. Saepe enim ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant". L. 18 §. 1 D. de R. C. 12. 1.

[4] Ob es mit dem Sprachgebrauch des Lebens vereinbar ist, von „Leihen" eines Grundstücks zu reden, kann bei uns ebenso bezweifelt werden, wie es bei den Römern in Betreff des Ausdrucks „commodare" bezweifelt wurde. Jedenfalls aber gelten für die Einräumung des Gebrauchs eines Grundstücks dieselben rechtlichen Grundsätze, wie für die Einräumung des Gebrauchs einer beweglichen Sache. L. 1 §. 1 D. h. t., l. 17 pr. D. de praescr. verb. 19. 5. — Leihen unkörperlicher Sachen? Schmidt a. a. O. S. 117 fg., Sintenis II §. 111 Anm. 1.

[5] L. 15. 16 D. h. t.

[6] Arg. l. 28 D. de acq. poss. 41. 2.

[7] L. 15 D. dep. 16. 3. Vgl. l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17.

[8] Vgl. l. 20 §. 3 l. 29 D. de pign. act. 13. 7, l. 9 §. 6 D. loc. 19. 2.

[9] Vgl. l. 3 §. 6 l. 5 §. 7. 8 l. 10 pr. D. h. t., l. 76 pr. D. de furt. 47. 2, §. 7 I. de obl. quae ex del. 4. 1. Kritz Samml. von Rechtsfällen

3. Unentgeltlichkeit des Gebrauchs ist dem Leihvertrage wesentlich. Ist eine Gegenleistung bedungen, so liegt ein Miethvertrag, oder, wenn die Gegenleistung nicht in Geld besteht, ein unbenannter Vertrag vor[10].

β. Verpflichtungen.

§. 375.

Die Verpflichtungen aus dem Leihvertrag stehen unter keiner Rechtsregel, welche die Entscheidung für jeden einzelnen Fall unmittelbar an die Hand gäbe. Vielmehr hat der Richter den Inhalt der Verpflichtungen der Parteien in jedem einzelnen Fall mit Rücksicht auf die allgemeine und besondere Intention des Geschäfts nach seinem Ermessen zu bestimmen[1]. Die Hauptpunkte sind folgende.

1. Die Hauptverbindlichkeit[2] aus dem Leihvertrage ist die des Empfängers auf Rückgabe der geliehenen Sache[3]. Mit der Sache selbst muß alle Zubehörung zurückgegeben werden, mit welcher sie geliehen worden ist[4]; ebenso was der Empfänger von derselben an Gewinn gezogen hat[5]. Kann der Empfänger die geliehene Sache nicht zurückgeben, oder kann er sie nicht in unbeschädigtem Zustand zurückgeben[6], so haftet er auf Schadensersatz

---

I S. 189 fg. Pandektenrecht Th. I Bd. 2 S. 387 fg. Dagegen Schmidt a. a. O. S. 157—181, welcher auszuführen sucht, daß Bestimmtheit des Gebrauchs zum Wesen des Commodats gehöre. S. darüber Vangerow III S. 631, Sintenis II S. 547 Anm. 1 a. E.

[10] §. 2 i. f. I. quib. mod. re 3. 14, l. 5 §. 12 D. h. t., l. 17 §. 3 D. de praescr. verb. 19. 5.

[1] Der römische Ausdruck dieses Satzes ist, daß die actio commodati eine §. 375.
actio bonae fidei ist, §. 28 I. de act. 4. 6. Vgl. I §. 46 Note 4.

[2] Actio commodati directa.

[3] L. 2 pr. D. de R. C. 12. 1. „Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus; alioquin commodatum est aut depositum“. — Im Zweifel wird als Wille der Parteien anzunehmen sein, daß der Empfänger die Sache zurückbringen müsse. S. §. 282 Note 3.

[4] L. 5 §. 9. 13 D. h. t., l. 14 §. 15 D. de furt. 47. 2.

[5] L. 38 §. 10 D. de usur. 22. 1, l. 14 §. 15 D. de furt. 47. 2. Ueber l. 22 pr. — §. 3 C. h. t. (vgl. §. 327 Note 12) s. Ihering Abhandlungen S. 48—50, Mommsen Erörterungen I S. 93. 94.

[6] L. 3 §. 1 D. h. t. „Si reddita quidem sit res commodata, sed

nicht bloß wenn diese Unmöglichkeit in seiner Arglist, sondern auch wenn sie in seiner Nachlässigkeit[7] ihren Grund hat[8], es müßte denn ausnahmsweise der Vertrag nicht in seinem, sondern in des Leihenden Interesse abgeschlossen worden sein[9]. Für Zufall haftet der Empfänger nur, wenn es ausgemacht worden ist[10], oder im Falle der Unterschlagung[10a]. — Was die Zeit der Rückgabe angeht, so ist der Empfänger weder verpflichtet, die Sache vor der im Vertrage festgesetzten Zeit, noch auch, wenn eine Zeit nicht festgesetzt worden ist, vor gemachtem Gebrauch zurückzu-

---

deterior reddita, non videbitur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quod interest praestetur; proprie enim dicitur res non reddita quae deterior redditur".

[7] Gewöhnliche, unqualificirte Nachlässigkeit, levis culpa (§. 265 Note 4).

[8] L. 5 §. 2. 15 l. 10 pr. l. 18 pr. D. h. t., l. 1 §. 4 D. de O. et A. 44. 7, §. 2 I. quib. mod. re 3. 14. Vgl. l. 5 §. 4—7. 9. 13. 14 l. 12 §. 1 l. 19 l. 20 l. 23 D. h. t.

[9] L. 5 §. 10 D. h. t.: — „si sua duntaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scenicis commodavit . .". L. 10 §. 1 l. 12 pr. eod. Ueber l. 18 pr. i. f. D. h. t. s. Hasse Culpa §. 47, Sintenis II §. 111 Anm. 16, Dernburg Pfandrecht I S. 151.

[10] L. 1 C. h. t., l. 21 §. 1 D. h. t. Dahin gehört auch der Fall, wenn die Sache gegen eine Taxe in dem Sinne hingegeben worden ist, daß entweder die Sache oder die Taxe zurückgegeben werden müsse. L. 5 §. 3 D. h. t., vgl. l. 7 §. 5 i. f. D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Chambon Beiträge S. 15 fg. — Daß der Empfänger bei zufälligem Verlust oder zufälliger Beschädigung auch dann Ersatz geben muß, wenn der Zufall die Folge eines Gebrauches gewesen ist, den er von der Sache unbefugter Weise und wissend, daß er dazu nicht befugt sei, gemacht hat (l. 5 §. 7 D. h. t., l. 1 §. 4 D. de O. et A. 44. 7, §. 2 I. quib. mod. re 3. 14), ist keine Ausnahme von dem Satz, daß der Empfänger nur für Schuld haftet. Es ist in der That seine Schuld, aus welcher er hier in Anspruch genommen wird, nämlich der wissentlich unrechtmäßige Gebrauch der Sache; nur wird nicht eine directe, sondern eine indirecte Folge dieser Verschuldung gegen ihn geltend gemacht; die Sache würde ohne den unrechtmäßigen Gebrauch von dem Zufall nicht betroffen worden sein. Uebrigens fällt ein wissentlich unrechtmäßiger Gebrauch der Sache auch unter den Begriff der Entwendung (furtum). L. 5 §. 8 D. h. t., l. 16 D. de cond. furt. 13. 1, §. 6. 7 I. de obl. quae ex del. 4. 1.

[10a] Furtum rei. Der Empfänger haftet in diesem Fall nach den Regeln der condictio furtiva (§. 425) auch für denjenigen Zufall, welcher mit dem furtum in keinem Causalzusammenhang steht. Arg. l. 1 §. 25 D. h. t. (§. 378 Note 8).

geben[11]. Anders nur: a) wenn er die Sache mißbraucht[12]; b) wenn der Leihende die Sache selbst bedarf, und für den Empfänger kein unverhältnißmäßiger Nachtheil mit der sofortigen Rückgabe verbunden ist[13].

2. Möglicherweise kann aus dem Leihvertrag auch ein Anspruch zu Gunsten des Empfängers gegen den Leihenden begründet sein, namentlich[14] wegen nothwendiger außergewöhnlicher Verwendungen[15], ferner wegen des durch die geliehene Sache angerichteten Schadens, wobei der Leihende, wenn nicht ausnahmsweise der Vertrag in seinem Interesse abgeschlossen worden ist, nur für Arglist haftet[16]. Der Empfänger kann seine Gegenansprüche durch

---

[11] L. 5 pr. l. 17 §. 3 D. h. t., c. un. X. de commod. 3. 15. L. 17 §. 3 cit. „Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est, commodare: ita modum commodati finemque praescribere eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, i. e. postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque; geritur enim negotium invicem; et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles“. Beispiele im Verfolg der Stelle. Schmidt a. a. O. S. 184 fg.

[12] Arg. l. 3 C. de loc. 4. 65.

[13] S. Unterholzner S. 555, welcher in Note g bemerkt: „Wegen dieser Billigkeitsausnahme dürfte nicht so fast auf l. 3 C. de loc. 4. 65 Bezug zu nehmen sein (denn es ist schwerlich anzunehmen, daß dort gemeint ist, man dürfe den Miether ohne allen Ersatz austreiben, wenn man die Wohnung selbst gebraucht), als auf das, was die bona fides, wie man diese beim commodatum zu denken hat, mit sich bringt“. S. auch Sintenis §. 111 Note 7; aber auch Schmidt S. 185.

[14] S. außerdem l. 17 §. 3 D. h. t., l. 17 §. 5 eod. (vgl. l. 2 D. de cond. sine causa 12. 7), l. 21 pr. eod.

[15] L. 18 §. 2 D. h. t. „Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo, qui commodasset, agi deberet, velut de impensis in valetudinem servi factis, quaeve post fugam requirendi reducendive eius causa factae essent; nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. Sed et id quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet; modica enim impendia verius est, ut, sicut cibariorum, ad eundem pertineant“. L. 15 §. 2 l. 59 D. de furt. 47. 2, Paul. S. R. II. 4 §. 1.

[16] L. 17 §. 3 l. 18 §. 3 l. 22 D. h. t., l. 61 §. 6 D. de furt. 47. 2.

Retention der Rückforderung des Leihenden gegenüber (§. 315), oder auch durch besondere Klage geltend machen[17].

b. Das Precarium*.

§. 376.

Vom eigentlichen Leihen sind solche Fälle zu unterscheiden, in denen eine Sache zum Gebrauch hingegeben wird, ohne daß der Leihende sich irgendwie binden will, aber auch ohne daß er gemeint ist, seinerseits dem Empfänger eine weiter gehende Verpflichtung aufzuerlegen, als diejenige, welche sich von selbst versteht, nämlich die Verpflichtung zur Rückgabe des Empfangenen. Es sind dieß Fälle von Diensterweisung, von denen die Parteien nicht wollen, daß an sie der strenge juristische Maßstab angelegt werde. An einer Bezeichnung, durch welche ihre Eigenthümlichkeit, und namentlich ihr Gegensatz zum eigentlichen Leihvertrag, hervorgehoben würde, fehlt es der deutschen Sprache[1]; die Römer haben dafür den in der Ueberschrift genannten Ausdruck.[2]

---

[17] Actio commodati contraria. L. 18 §. 4 D. h. t., l. 15 §. 2 l. 59 D. de furt. 47. 2.

§. 376. * Dig. 43. 26 de precario. Cod. 8. 9 de precario et Salviano interdicto. — Vom Precarium handelt außer der zum vorigen §. bezeichneten Schrift von G. E. Schmidt: Bulling das Precarium (1846). Unterholzner II S. 564—568, Sintenis II S. 551—556, Vangerow III §. 691 Anm. S. auch Randa der Besitz nach österr. Recht S. 275 fg. (vgl. I §. 154 Note 4), Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 170 fg.

[1] Bittvertrag? Bittbesitz? Vergünstigung?

[2] Die Römer haben das Precarium ursprünglich gar nicht als Vertrag behandelt. Der Empfänger haftete ursprünglich bei verweigerter Zurückgabe lediglich als Verletzer fremden Besitzes (interdictum de precario, I §. 160 Nr. 2). Diese Seite des Schutzes des Hingebenden tritt in unseren Quellen sehr entschieden in den Vordergrund; nur in sehr wenigen Stellen wird die Vertragsnatur des Verhältnisses betont. S. Note 3 und vgl. l. 14 D. h. t., l. 14 §. 11 D. de furt. 47. 4. — Das Precarium wird in den Quellen dargestellt als eigentlich berechnet auf unbewegliche Sachen, und als nur später auf bewegliche Sachen ausgedehnt. L. 4 pr. D. h. t. „In rebus etiam mobilibus precarii rogatio constitit". Vgl. Isidori orig. V. 25. „Precarium est, dum creditor rogatus permittit, debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere". Dieß unterstützt wesentlich die von Niebuhr aufgestellte Vermuthung, daß das Precarium ursprünglich die

Nach dem Gesagten geht die Verpflichtung des Empfängers[3] lediglich auf Rückgabe der Sache; Verweigerung der Rückgabe bis zum Urtheil zieht Verurtheilung auf das Doppelte nach sich[4]. Hat der Empfänger die Sache nicht mehr, so haftet er für Arglist, weil für Arglist Jedermann, auch abgesehen von allem contractlichen Verhältniß, haftet; aber für Nachlässigkeit steht er nicht ein[5]. Von der anderen Seite muß er die Sache zurückgeben, sobald der Hingebende es verlangt; selbst wenn über die Zeit der Rückgabe eine Bestimmung getroffen worden ist, darf dieß nicht

---

Form des Lehnsverhältnisses zwischen dem Patron und dem Clienten in Betreff des auf dem ager publicus verliehenen Bauerngutes gewesen sei. Vgl. Savigny Besitz S. 562 fg. (463 fg.). Praktische Anwendungen, in denen das Precarium in unseren Quellen erscheint, sind folgende: der Faustpfandgläubiger (ursprünglich der creditor fiduciarius, Gai. II. 60, Isidor. l. c.) gibt einstweilen dem Verpfänder den Besitz und Genuß der verpfändeten Sache zurück, l. 6 §. 4 l. 11 D. h. t. (vgl. Dernburg Pfandr. II S. 77—79. 81—85, auch Degenkolb a. a. O. S. 177 fg.); der Verkäufer überläßt vorläufig, bis zur Bezahlung des Kaufpreises, oder bis es sich entscheidet, ob der Kaufvertrag definitiven Bestand hat, dem Käufer den Besitz und Genuß der Kaufsache, l. 20 D. h. t., l. 13 §. 21 D. de A. E. V. 19. 1, l. 11 §. 12 D. quod vi aut clam 43. 24. — Es ist behauptet worden, daß die römische Unterscheidung zwischen precarium und commodatum lediglich auf historischen Gründen beruhe, und daß ihr daher für das heutige Recht keinerlei Bedeutung mehr zukomme; so namentlich von Kritz Sammlung von Rechtsfällen I Nr. 14 und Pandektenrecht I Bd. 2 S. 429 fg. Hauptsächlich gegen diese Ausführungen ist das Buch von G. E. Schmidt (§. 375*) gerichtet; s. ferner Vangerow S. 638—640 und neuestens Randa a. a. O. S. 276 Note 10. Nicht ganz so weit wie Kritz geht Brinz S. 87. Ist das im Text Gesagte richtig, so besteht ein Unterschied im Gedanken zwischen precarium und commodatum, welcher für uns gerade so lebendig ist, wie er für die Römer war, obgleich es unter Umständen schwer genug sein mag, in einem gegebenen Fall zu bestimmen, ob die Parteien das eine oder das andere Rechtsverhältniß gemeint haben. Uebertreibung aber ist es, wenn Schmidt a. a. O. S. 100 das Precarium für ein „rein factisches Verhältniß" erklärt, welches erst durch die gerichtliche Belangung des Empfängers zum Rechtsverhältniß werde.

[3] Actio praescriptis verbis. L. 2 §. 2 l. 19 §. 2 D. h. t., l. 23 D. de R. I. 50. 17, Paul. S. R. V. 6 §. 10.

[4] L. 10 C. unde vi 8. 4, l. 34 C. de loc. 4. 65 (§. 263 Note 10. 15).

[5] Daß dieß nicht bloß für das interdictum de precario gilt (l. 2 D. h. t.), sondern auch für die Vertragsklage, zeigt l. 23 D. de R. I. 50. 17. „Contractus quidam dolum malum tantum recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium . . .".

so ausgelegt werden, als habe dadurch dem Empfänger ein irgendwelches Recht zum Behalten eingeräumt werden sollen[6]. Ebensowenig hat der Empfänger einen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen, oder auf Ersatz von Schaden, der ihm etwa durch die hingegebene Sache verursacht worden ist[7].

Für das Precarium von Sachen, die nicht im Eigenthum des Gebers oder die im Eigenthum des Empfängers stehen, gilt das Gleiche, wie beim Leihvertrag[8].

3. Die Hinterlegung*.

a. Regelmäßiger Fall.

α. Begriff.

§. 377.

Eine Sache hinterlegen (deponiren) heißt: sie einem Andern in Verwahrung geben[1], ohne daß demselben für den Raum, welchen er zu diesem Ende gewährt, eine Vergeltung versprochen wird. Ist dieses Letztere der Fall, so liegt ein anderes Geschäft vor[2]. Durch die Annahme der hinterlegten Sache kommt der Hinterlegungsvertrag zu Stande[3].

---

[6] L. 1 pr. §. 2 l. 2 §. 2 l. 15 pr. D. h. t.; l. 12 pr. eod.

[7] Es ist nirgends in unseren Quellen von solchen Gegenansprüchen die Rede.

[8] L. 4 §. 3 l. 6 §. 4 D. h. t., l. 1 §. 11 D. de itin. 43. 19, l. 23 D. de R. I. 50. 17.

§. 377. * Dig. 16. 3 Cod. 4. 34 depositi vel contra. — Glück XV S. 137—238; Unterholzner II S. 659—673, Sintenis II §. 112. Der Aufsatz von Asher Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XXII. 8 ist rechtsgeschichtlichen Inhalts; vgl. im Uebrigen Arndts in Haimerl's VJSchr. XVII. 8.

[1] L. 1 pr. D. h. t. „Depositum est, quod custodiendum alicui datum est". Das ist aber nicht so zu verstehen, als wenn der Empfänger die Verpflichtung zur Bewahrung der Sache, zu einer besonderen Bewahrungsthätigkeit, übernähme; er gewährt bloß seinen Raum zu dem Ende, damit die Sache in demselben bewahrt sei. L. 1 §. 12 D. h. t. „Quodsi rem tibi dedi, ut . . . tu custodires, . . videndum est, utrum depositi tantum, an et mandati actio sit. Et Pomponius dubitat. Puto tamen, mandati esse actionem; quia plenius fuit mandatum, habens et custodiae legem".

[2] L. 1 §. 8—10 D. h. t.

[3] Der Hinterlegungsvertrag ist ein Realvertrag. L. 1 §. 5 D de O.

Die Hinterlegung setzt eine bewegliche Sache voraus[4]; von welcher Art im Uebrigen die hinterlegte Sache sei, ist gleichgültig. Für den Fall, wo nicht eine eigene Sache des Hinterlegenden, oder eine eigene Sache des Empfängers hinterlegt wird, gilt das Gleiche, wie beim Leihvertrag (§. 374 Nr. 1 a. E.)[5].

β. Verpflichtungen.

§. 378.

Der Hinterlegungsvertrag steht so wenig, wie der Leihvertrag, unter einer alles Einzelne genau normirenden Rechtsregel; in letzter Linie entscheidet auch hier, auf Grundlage der Intention des Geschäftes, das Ermessen des Richters[1]. Die Hauptpunkte sind folgende.

1. Die Hauptverpflichtung aus dem Hinterlegungsvertrag[2] ist die des Empfängers auf Rückgabe der hinterlegten Sache. Dieser Verpflichtung kann der Empfänger auch durch Berufung auf sein Eigenthumsrecht an der Sache, wenn dasselbe vom Gegner bestritten wird, nicht entgehen; er muß die Sache herausgeben, und sein Eigenthumsrecht in einem besonderen Processe

---

et A. 44. 7, §. 3 I. quib. mod. re 3. 14. — Dieß leugnet für das heutige Recht Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 16 fg.; nach heutigem Recht sei der Hinterlegungsvertrag Consensualvertrag. Unger übersieht, daß in der unendlichen Mehrzahl der Fälle die Parteien eine Verpflichtung des Empfängers nicht vor dem wirklichen Empfange wollen. Einen auf Inverwahrungnehmen gerichteten Vertrag halte auch ich für einen Consensualvertrag, nicht bloß was die Verpflichtung zum Inverwahrungnehmen, sondern auch was die Verpflichtung zur Rückgabe angeht. — Derjenige, bei welchem hinterlegt wird, heißt in den Quellen depositarius (während der Ausdruck commodatarius nicht quellenmäßig ist). Der Ausdruck depositarius wird aber auch zur Bezeichnung des Hinterlegenden gebraucht, l. 7 §. 2. 3 D. h. t.

[4] Dieß folgt aus dem Begriff der Hinterlegung. Man kann eine unbewegliche Sache bewachen; aber man kann ihr nicht zum Zweck des Bewahrtseins seinen Raum gewähren. Vgl. Sintenis a. a. O. Note 8.

[5] L. 1 §. 39 l. 31 §. 1 D. h. t. (vgl. Nov. 88 c. 1); l. 15 eod., l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17.

[1] Die actio depositi ist actio bonae fidei, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 1 §. 23 D. h. t. §. 378.

[2] Actio depositi directa.

geltend machen[3]. Kann er die hinterlegte Sache nicht zurückgeben, oder kann er sie nicht in unbeschädigtem Zustande zurückgeben[4], so haftet er nur für Arglist, nicht für Nachlässigkeit[5]; es müßte denn ausnahmsweise die Hinterlegung in seinem Interesse geschehen sein[6], oder er müßte sich zur Hinterlegung zugedrängt[7], oder die Verhaftung für Nachlässigkeit vertragsmäßig übernommen[8], oder sich einer Unterschlagung schuldig gemacht haben[8a]. Mit der hinterlegten Sache muß natürlich alle Zubehörung, mit welcher sie hinterlegt worden ist, zurückgegeben werden[9]; ebenso was sie etwa bei dem Empfänger an Frucht getragen hat[10]. Die Rückgabe muß erfolgen, sobald der Hinterlegende sie verlangt; eine bei dem Vertrage hinzugefügte Zeitbestimmung hat nicht den

---

[3] L. 11 C. h. t. (vv. *actiones personales vel in rem*).

[4] L. 1 §. 16 D. h. t. „Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita depositi agi potest".

[5] L. 1 §. 10 l. 32 D. h. t. und öfter das., l. 1 C. eod.; Coll. X. 2 §. 1. 4, 7 §. 6. Unterholzner S. 666: „Dieß ist natürlich, da in dem Verhältniß nichts liegt, woraus die Verbindlichkeit zu einer eigentlichen Sorgfalt abgeleitet werden könnte, und auch die Billigkeit nicht verlangt, daß Jemand, der aus einem Geschäft keinen Vortheil zieht, weiter als wegen Gewissenlosigkeit hafte". L. 5 §. 2 D. commod. 13. 6, l. 17 §. 2 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 1 §. 5 D. de O. et A. 44. 7. Vgl. auch Ihering das Schuldmoment im röm. Privatrecht S. 30 fg.

[6] Vgl. l. 4 pr. D. de R. C. 12. 1. In dem von dieser Stelle behandelten Fall (Hinterlegung einer Geldsumme, damit der Empfänger sie im Fall des Bedürfnisses als Darlehn benützen könne) soll der Empfänger sogar für Zufall haften.

[7] L. 1 §. 35 D. h. t. Vgl. auch Seuff. Arch. V. 135.

[8] L. 1 §. 6. 35 D. l. 1 C. h. t. Sogar Verhaftung für Zufall kann ohne Verletzung des Wesens des Vertrages vertragsmäßig übernommen werden, l. 7 §. 15 D. de pact. 2. 14. Verhaftung für Zufall, wenn derselbe erst in Folge arglistigen Verhaltens die Sache betroffen hat, versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst (§. 375 Note 10).

[8a] L. 1 §. 25 D. h. t. „Si rem depositam vendidisti, eamque postea redemisti in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, cum venderes". Vgl. §. 375 Note 10[a]; auch Ihering a. a. O. S. 31 Note 62.

[9] Ueber l. 1 §. 5 D. h. t. s. Unterholzner §. 661. a, Sintenis Anm. 18, Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 35. S. auch l. 1 §. 41 D. h. t.

[10] L. 38 §. 10 D. de usur. 22. 1, l. 1 §. 24 l. 28 pr. D. h. t. Auch den Nutzen, welchen der Empfänger durch eigene Benützung der hinterlegten Sache zieht, muß er herausgeben. L. 28 pr. D. l. 3. 4 C. h. t.

Sinn, daß der Empfänger die Sache bis zu der bezeichneten Zeit behalten dürfe[11]. Ist die Hinterlegung zur Zeit eines Nothstandes erfolgt[12], so geht die Verurtheilung auf das Doppelte[13].[14]

2. Möglicherweise kann auch ein Gegenanspruch des Empfängers gegen den Hinterlegenden begründet sein, namentlich wegen nothwendiger oder sonst dem Hinterlegenden zur Last fallender Verwendungen[15], ferner wegen des durch die hinterlegte Sache verursachten Schadens, wobei der Hinterlegende nicht bloß für Arglist, sondern auch für Nachlässigkeit einsteht[16]. Diese Gegenansprüche können aber nur durch Klage[17], nicht durch Retention geltend gemacht werden[18].

b. Besondere Fälle.

α. S. g. depositum irregulare*.

§. 379.

Bei der Hinterlegung vertretbarer Sachen kann ausgemacht werden, daß der Empfänger Eigenthümer derselben werden, und nur verpflichtet sein solle, eine gleiche Quantität gleicher Sachen

[11] L. 11 i. pr. C. h. t., l. 1 §. 22. 45. 46 D. h. t.

[12] S. g. depositum miserabile.

[13] L. 1 §. 1—4 l. 18 D. h. t., §. 17 I. de act. 4. 6. Vgl. §. 263 Note 9. 15. Vgl. noch Paul. S. R. II. 12 §. 11. „Ex causa depositi lege XII tabb. in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum". Vgl. Arndts (cit. bei §. 377*) S. 191 fg., Ihering a. a. O. S. 32.

[14] Inwiefern haftet aus gerichtlicher Hinterlegung der Staat? S. Seuff Arch. II. 159, III. 127. Vgl. §. 470 Note 4, und Seuffert Pand. II §. 316 Note 4a.

[15] L. 23 l. 12 pr. D. h. t.

[16] L. 61 §. 5 D. de furt. 47. 3.

[17] Actio depositi contraria.

[18] L. 11 C. h. t. Vgl. Coll. X. 2 §. 5 und Unterholzner §. 660. o, Sintenis Anm. 28, Seuffert Pand. §. 316 Note 16.

* Neustetel in Neustetel und Zimmern römisch-rechtliche Untersuchungen S. 1 fg. (1821). Schaffrath praktische Abhandlungen S. 97 fg. (1841). A. C. J. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXX. 3 (1847). Heimbach Lehre vom Creditum S. 431 fg. (1849). Vangerow III §. 630 Anm. (6. Aufl. 1856). Endemann Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 58 fg. (1861). S. auch Brinz S. 439—441. §. 379.

zurückzugeben[1]. In diesem Fall trägt der Empfänger die Gefahr des Hinterlegten, hat dafür aber auch den Vortheil des Gebrauchs, ohne daß jedoch Ausbedingung einer Zinsvergütung für diesen Vortheil ausgeschlossen ist[2]. Von dem Darlehn unterscheidet sich[3] ein solches Geschäft durch die Verschiedenheit seiner Intention[4], und es steht daher auch im Einzelnen unter dem Recht nicht des Darlehns-, sondern des Hinterlegungsvertrages[5]. Wenn aus-

---

[1] Die Neueren sprechen in diesem Fall von einem depositum irregulare. — Der bezeichnete Vertrag kann auch stillschweigend abgeschlossen werden. L. 31 D. loc. 19. 2: — „si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere". Vgl. l. 25 §. 1 D. h. t. Ueber l. 24 D. h. t. s. Vangerow S. 436—338.

[2] L. 24 l. 26 §. 1 l. 28 D. h. t. Gewöhnlich freilich wird, wo Zinsen ausbedungen sind, der Intention der Parteien nach ein Darlehn, keine Hinterlegung, vorliegen. L. 24 §. 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 7 §. 2 D. h. t. Seuff. Arch. XVI. 211. — Die Behauptung (Neustetel S. 11, Vangerow S. 432, Endemann S. 59), daß der Empfänger auch ohne Versprechen Zinsen zahlen müsse, sobald er das empfangene Geld zu seinem Nutzen verwende, steht in Widerspruch mit l. 24 i. f. und l. 25 §. 1 D. h. t., und wird weder durch das Wesen des Geschäfts gerechtfertigt, eben weil der Empfänger hier die Gefahr übernimmt, noch durch l. 29 §. 1 D. h. t., in welcher Stelle mit Rücksicht auf l. 24 und l. 25 §. 1 citt. kein anderer Sinn gefunden werden darf, als der, daß in dem in der Stelle bezeichneten Fall immer noch die actio depositi begründet, und daher eine Condemnation auf Zinsen an und für sich zulässig sei. Vgl. Note 5 und 6, und s. auch Schmid S. 85 fg.

[3] Daß zwischen dem depositum irregulare und dem Darlehn ein Unterschied bestehe, ist nicht unbestritten. S. Vangerow S. 431. Endemann S. 61 erklärt es sogar — freilich sehr mit Unrecht — für die gemeine Meinung, „daß beide Geschäfte in allen wesentlichen Punkten der rechtlichen Beurtheilung identisch sind".

[4] Das Darlehn wird gegeben im Interesse des Empfängers, oder möglicherweise — beim verzinslichen Darlehn — im Interesse beider Parteien; hinterlegt wird im Interesse des Hingebenden.

[5] Für die Römer war von besonderer Wichtigkeit, daß die actio depositi als actio bonae fidei Verurtheilung auf Zinsen aus formlosem Vertrag und aus Verzug zuließ. L. 4 C. h. t., l. 25 §. 1 l. 26 §. 1 l. 28 l. 29 §. 1 D. h. t. Sodann infamirte die actio depositi, l. 1 D. de his qui not. 3. 2. Auch für das heutige Recht noch kommen folgende Punkte in Betracht. a) Der Anspruch aus der Hinterlegung unterliegt nicht der Compensation (§. 350 Note 24). b) Er unterliegt nicht der exceptio non numeratae pecuniae (§. 372 Note 14). c) Er genießt ein Concursprivilegium (§. 271 Note 11 und 12).

gemacht wird, daß der Empfänger nach seinem Belieben entweder das Hinterlegte, oder eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückgeben könne, so liegt zunächst eine gewöhnliche Hinterlegung vor, die aber dadurch, daß der Empfänger das Hinterlegte als das Seinige zu behandeln anfängt, zu dem hier beschriebenen Geschäft wird[6].[7]

β. Sequestration *.

§. 380.

Eine besondere Anwendung der Hinterlegung ist ferner die, wo

[6] Vorher also trägt der Empfänger nicht die Gefahr des Empfangenen. Mit Unrecht sieht Brinz a. a. O. in diesem Fall den eigentlichen Fall des depositum irregulare, in dem Nichtübergang der Gefahr auf den Empfänger das eigentlich Charakteristische dieses Geschäfts dem Darlehn gegenüber. — Von dem genannten Fall ist wohl zu verstehen l. 24 §. 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5; vielleicht auch l. 29 §. 1 D. h. t. („Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius pecuniae praestare mihi cogitur"), obgleich es doch näher liegt, die Erlaubniß, von welcher diese letztere Stelle redet, als später gegebene Erlaubniß aufzufassen. Uebrigens wird diese Stelle sehr verschieden erklärt; s. darüber Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II S. 151, Vangerow S. 435, Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 117—119. — Die Erlaubniß, von dem deponirten Gelde Gebrauch zu machen, kann auch in der Absicht ertheilt werden, um dem Empfänger ein Darlehn zu verschaffen, sowohl sogleich bei der Deponirung (l. 4 pr. l. 10 D. de R. C. 12. 1, l. 1 §. 34 D. h. t.), als hinterher (l. 9 §. 9 D. de R. C. 12. 1, Paul S. R. II. 12 §. 9). Im ersten dieser Fälle trägt der Empfänger nach l. 4 pr. cit. sogleich die Gefahr.

[7] Zu dem im Vorstehenden Gesagten vgl. noch Thöl Handelsr. I §. 111 (S. 588 unt.). „Der Kaufmann gibt keine Darlehen, aber er nimmt sie, als Schuldner. Das Capital heißt dann Depositengeld, die Rechnung conto a deposito; der Name ändert aber das gewollte Darlehn nicht". Dazu in Note*: „Mit einem Kaufmanne, namentlich Banquier, kann auch ein irreguläres Depositum abgeschlossen werden. Im Zweifel, ob das Geschäft ein solches oder ein Darlehn sei, ist das letztere anzunehmen". Dagegen Endemann S. 64. „Das handelsrechtliche Irregulardepositum ist einfach ein Darlehn, aber ein Darlehn ohne den sonst darin enthaltenen Creditverkauf".

* Vgl. Muther Sequestration und Arrest im römischen Recht S. 35 fg. (1856). (Dieses Werk, welches als Vorarbeit zur Darstellung des gemeinrechtlichen Arrestprocesses dienen soll, faßt die Sequestration vorzugsweise in ihrer processualischen Bedeutung ins Auge.) §. 380.

die Hinterlegung von Mehreren zu dem Ende gemacht wird, um die hinterlegte Sache einstweilen der Verfügung Aller zu entziehen[1]; man nennt das Sequestration[2]. Darüber, wann und an wen die Sache zurückzugeben sei, entscheidet die Bestimmung des Vertrages[3]. Im Uebrigen gelten für diesen Fall der Hinterlegung besondere Bestimmungen nicht[4]. Es kann aber sehr wohl sein, daß der Vertrag, durch welchen die Sache dem Dritten übergeben wird, kein Hinterlegungsvertrag ist, sondern ein Auftrags- oder Miethvertrag[5]; die Bezeichnung Sequestration wird auch in diesem Falle gebraucht.

Die Sequestration kann freiwillig oder auf Befehl des Richters geschehen. Sie kann auch durch den Richter selbst geschehen[6].

4. Die Verpfändung*.

a. Begriff.

§. 381.

Unter Verpfändung ist hier zunächst zu verstehen Hingabe

---

[1] Der Hauptfall ist der, wo Jeder auf die Sache Anspruch erhebt, l. 17 D. h. t., l. 110 D. de V. S. 50. 16, l. 11 §. 2 D. de recept. 4. 8. Aber dieser Fall ist nicht der einzige; z. B. es handelt sich von einer Erbschaftsurkunde bei Mehrheit der Erben, l. 5 D. fam. herc. 10. 2, l. 5 C. comm. utr. iud. 3. 38. S. auch l. 5. 6 C. h. t., l. 22 §. 8 D. sol. matr. 24. 3. Muther S. 195—222. Seuff. Arch. V. 277, IX. 275. Die nöthige Allgemeinheit hat die Definition in l. 6 D. h. t. „Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur".

[2] Sequester kommt her von secus, wie equester von equus, silvester von silva etc. (vgl. sequius — secius), und bedeutet Jemanden, der zur Seite, nicht auf der einen oder der andern Seite, steht, daher den Unparteiischen (und in weiterer Entwicklung den Mittler, Vermittler, Versöhner, Zwischenhändler, Kuppler). Vgl. Muther S. 3 fg.

[3] L. 6 D. h. t. (Note 1): — „certa condicione". L. 5. 6 C. h. t.

[4] Vgl. l. 5 §. 1. 2 l. 12 §. 2 D. h. t.

[5] Vgl. l. 9 §. 3 D. de dolo 4. 3.

[6] Vgl. z. B. l. 5 C. quor. appell. 7. 65.

§. 381. * Dig. 13. 7 de pigneraticia actione vel contra. Cod. 4. 24 de pigneraticia actione. — Dernburg das Pfandrecht I §. 16—19 (1860). Stölzel Arch. f. civ. Pr. XLV. 11 (1862). A. Schmid die Grundlehren der Cession I

einer Sache zum Faustpfand. Durch die Annahme der Sache von Seiten des Gläubigers kommt zwischen ihm und dem Hingebenden ein Vertrag zu Stande[1], welcher, wie der Leih- und Hinterlegungsvertrag, beiden Parteien Verbindlichkeiten auferlegt. Dabei ist es gleichgültig, ob durch die Hingabe der Sache ein gültiges Pfandrecht begründet worden ist, oder nicht[2]. Für den Fall, wo eine eigene Sache des Empfängers zu Pfand gegeben worden ist, gilt das Gleiche, wie bei Leihe und Hinterlegung (§. 374 Nr. 1 a. E., §. 377 a. E.)[3]. — In seiner späteren Entwicklung hat aber das römische Recht der Hingabe der Sache zum Faustpfand die Verpfändung durch bloße Beredung gleichgestellt; es läßt aus ihr, so weit die Verhältnisse die gleichen sind, die nämlichen Verpflichtungen entstehen, wie aus dem Faustpfandvertrag[4]. — Ja auch auf den Fall, wo ein Pfandverhältniß gar nicht durch Vertrag, sondern durch Gesetz oder richterliche Verfügung begründet worden ist, sind die Grundsätze vom Faustpfandvertrag analogisch angewendet worden[5].[6]

---

§. 12 (1863). Glück XIV S. 1—177; Unterholzner II S. 849 fg., Sintenis I S. 621—624.

[1] Der Pfandvertrag ist ein Realvertrag. L. 1 §. 6 D. de O. et A. 44. 7, §. 4 I. quib. mod. re 3. 14.

[2] Vgl. z. B. l. 9 §. 4 l. 11 §. 2 D. h. t., l. 9 pr. l. 32 D. h. t.

[3] L. 45 pr. de R. I. 50. 17, l. 20 §. 3 l. 29 D. h. t.

[4] Vgl. z. B. l. 7 pr. D. de distr. pign. 20. 5, l. 4. 7 C. h. t. Dernburg S. 140. Scheurl krit. VJSchr. IV S. 44 (vgl. Brinz S. 315) sucht die Vermittelung dieser Ausdehnung darin, daß auch in der Verpfändung durch bloße Beredung eine Leistung an den Schuldner liege, die Verschaffung des dinglichen Pfandrechts, weßwegen auch sie Realvertrag sei. Diese Auffassung würde zu der Consequenz führen, daß die Verpfändung ohne Besitzübergabe zwischen den Parteien nur dann obligatorische Verpflichtungen erzeuge, wenn sie wirklich ein dingliches Pfandrecht begründe. Stölzel a. a. O. nimmt, wie es scheint, keine spätere Entwickelung an, sondern hält es für das ursprüngliche Recht, daß die Verpfändung als solche die actiones pigneraticiae begründe. Aber woher hätte das ältere römische Recht eine actio nehmen sollen, da weder Real- noch Consensualvertrag, weder Verbal- noch Literalvertrag vorlag? Schmid a. a. O. (namentlich S. 74. 81 fg.) leugnet es ganz, daß der Pfandvertrag jemals für die Römer aufgehört habe, Realvertrag zu sein.

[5] L. 11 §. 5 D. h. t., l. 34 D. de damno inf. 39. 2, l. 5 §. 21 D. ut in poss. leg. 37. 4. In der letzten Stelle ist von einer utilis actio exemplo

b. Verpflichtungen.

§. 382.

Die Verpflichtungen aus der Verpfändung sind nach der Intention des Geschäfts durch das Ermessen des Richters für jeden einzelnen Fall zu bestimmen[1]. Die Hauptpunkte[1a] sind folgende.

1. Die Hauptverbindlichkeit aus der Verpfändung ist die des Empfängers[2]. Dieselbe geht vor Allem auf Rückgabe der Pfandsache[3], nach Tilgung der Schuld[4] oder sonstiger Beendigung des Pfandrechts[5]. Ist die Verpfändung unter einer Bedingung oder Voraussetzung geschehen, so kann die Pfandsache zurückgefordert werden, sobald der Ausfall der Bedingung oder Voraussetzung feststeht[6]. Ist die Verpfändung irrigerweise für eine Nichtschuld gemacht worden, oder ist sie aus einem andern Grunde

---

pigneraticiae actionis die Rede, in den beiden ersten von pigneraticia actio schlechthin. Dieß letztere erklärt sich daraus, daß in dem Fall, von welchem diese Stellen handeln (Pfandrecht des Vermiethers an dem Eingebrachten), die Vorstellung der tacita pignoris conventio über die Schwierigkeit hinweghalf.

[6] Das im Text bezeichnete Verhältniß macht es schwierig, der Lehre von den obligatorischen Verpflichtungen aus der Verpfändung ihren Platz im System anzuweisen. Will man sie nicht, wie das Dernburg und Sintenis thun, in die Lehre vom dinglichen Pfandrecht stellen, was doch auch sein Mißliches hat, so scheint es mir immer noch am zweckmäßigsten, dieser Lehre ihren hergebrachten Platz unter den Realverträgen zu lassen.

§. 382. [1] Die actio pigneraticia ist bonae fidei actio, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 6 C. h. t., l. 36 D. de pec. 15. 1.

[1a] S. außerdem z. B. l. 6. D. h. t. (Vorzeigung der Pfandsache, wenn der Eigenthümer will). Dernburg II S. 7. 8. Ueber l. 43 pr. D. h. t. s. Unterholzner S. 864 Note s, Dernburg S. 152, Schmid S. 86.

[2] Auf sie geht die actio pigneraticia directa.

[3] Mag die Pfandsache ihm sofort bei der Verpfändung übergeben worden, oder mag sie später in seinen Besitz gekommen sein.

[4] L. 9 §. 3 l. 40 §. 2 D. l. 11 C. h. t. Ueber das Retentionsrecht, welches dem Gläubiger für den Fall zusteht, wo er noch andere Forderungen gegen den verpfändenden Schuldner hat, s. I §. 234 Note 1.

[5] L. 9 §. 3. 5 l. 10 D. h. t. (vgl. l. 6 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6) l. 11 pr. — §. 2 D. h. t. Ueber den Fall des Verzugs des Gläubigers s. §. 346 Note 4.

[6] L. 11 §. 2 D. h. t.

für den Verpfänder nicht bindend, so kann dieser sofort zurückfordern[7]. — Kann der Gläubiger die Pfandsache nicht zurückgeben, so haftet er für Arglist und Nachlässigkeit, — für Zufall nur dann, wenn es ausgemacht worden ist[8], oder im Fall der Unterschlagung[8a]. Hat der Pfandgläubiger von seinem Pfandrechte Gebrauch machend die Pfandsache verkauft, so haftet er nur auf Herausgabe des Ueberschusses[9]; aber auch auf Entschädigung, wenn er durch seine Schuld nicht den höchsten Preis erzielt hat[10]. — Mit der Pfandsache muß der Pfandgläubiger auch den von der Sache gezogenen Gewinn herausgeben[11]; hat er durch seine Schuld von der Pfandsache nicht den Gewinn gezogen, welchen sie ihrer Natur nach zu bringen im Stande war, so haftet er auf Ersatz[12].

2. Möglicherweise kann aus der Verpfändung auch eine Ver-

---

[7] L. 25 D. de pign. 20. 1; vgl. l. 32 §. 1 D. ad SC. Vell. 16. 1. S. auf der andereit Seite l. 9 §. 4 l. 22 §. 2 D. h. t.

[8] §. 4 I. quib. mod. re 3. 14, l. 13 §. 1 l. 14 D. l. 5—9 C. h. t., l. 9 §. 5 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 19 C. de pign. 8. 14. In Betreff von l. 18 pr. i. f. D. comm. 13. 6 s. §. 375 Note 9 S. noch l. 15 l. 24 §. 3 l. 30 l. 43 §. 1 D. h. t., l. 34 D. de damno inf. 39. 2, l. 14 §. 16 D. furt. 47. 2. Jedenfalls muß der Gläubiger herausgeben, was er statt der Pfandsache in Händen hat, §. 264 Note 6. So auch wenn er die Pfandsache nie besessen hat, l. 21 §. 3 D. de pign. 20. 1.

[8a] Vgl. §. 375 Note 10[a].

[9] L. 42 l. 6 §. 1 l. 7 l. 24 §. 2 D. h. t., l. 20 C. de distr. pign. 8 28.

[10] S. I §. 237 Note 12.

[11] L. 22 §. 2 l. 6 §. 1 D. l. 1 C. h. t. Er kann sich jedoch diesen Gewinn vorher auf seine Forderung anrechnen, und gemäß der Regel (§. 327 Note 7) braucht er überhaupt nur denjenigen Gewinn herauszugeben, welchen die zu leistende Sache selbst gewährt, nicht denjenigen, zu welchem sie bloß Veranlassung gegeben hat. So behält er namentlich die Finderhälfte von dem auf dem verpfändeten Grundstück gefundenen Schatz, l. 63 §. 4 D. de A. R. D. 41. 1. L. 21 §. 2 D. de pign. 20. 1 erklärt sich aus dem §. 327 zu Note 5 bezeichneten Gesichtspunkt. S. noch l. 22 pr. i. f. §. 1 D. h. t., l. 74 D. de solut. 46. 3, l. 79 D. de furt. 47. 2 (l. 46 D. de R. I. 50. 17). Vgl. Dernburg S. 143 fg. — Gegen die Regel des §. 327 Note 12 muß der Pfandgläubiger den Ertrag der actio furti selbst dann herausgeben oder berechnen, wenn er für das furtum einzustehen hat, l. 22 pr. D. h. t., l. 15 pr. D. de furt. 47 2. S. darüber Ihering Abhandlungen S. 79. 74, Mommsen Erörterungen I S. 95, Dernburg S. 147 fg.

[12] L. 3 C. h. t., l. 2 C. de partu pign. 8. 25. S. aber auch l. 6 §. 1 D. h. t.

pflichtung des Verpfänders zu Gunsten des Pfandgläubigers hervorgehen, welche dieser durch besondere Klage[13], oder auch, so weit die Sachlage es gestattet, retentionsweise (§. 351), geltend machen kann. So ist der Verpfänder namentlich verpflichtet zum Ersatz von Verwendungen, welcher der Pfandgläubiger auf die Pfandsache gemacht hat, vorausgesetzt daß dieselben nothwendig waren, oder sonst im Interesse des Verpfänders lagen[14]; zur Abnahme der Verpflichtungen, welche der Pfandgläubiger im Interesse der Erzielung eines angemessenen Pfandverkaufes übernommen hat[15]; zum Ersatz des Schadens, welchen die Pfandsache in Folge seiner Arglist oder seiner Nachlässigkeit dem Pfandgläubiger verursacht hat[16]; zur Rückgabe der ihm einstweilen zum Besitze überlassenen Pfandsache, oder zur Herausgabe derselben, wenn der Pfandgläubiger nicht von vorn herein in den Besitz gesetzt worden ist[17]; zur Hingabe einer anderen Pfandsache, wenn die hingegebene sich untauglich erweist oder nicht die zugesagten Eigenschaften hat[18].

5. Der Trödelvertrag*.

§. 383.

Wenn Jemand einem Andern etwas zum Verkaufe übergibt[1], so kann das Geschäft, welches er mit ihm abschließt, ein Auftrag sein[2], oder ein Miethvertrag[3], oder ein miethähnlicher

---

[13] Actio pigneraticia contraria.

[14] L. 8 pr. D. l. 7 C. h. t., l. 6 C. de pign. 8. 14, l. 29 i. f. D. fam. herc. 10. 2; l. 25 D. h. t.

[15] L. 22 §. 4 D. h. t.

[16] Die Verhaftung für Nachlässigkeit folgt aus dem Principe, da man nicht sagen kann, daß „nulla utilitas versatur eius qui pignori dedit“ (l. 5 §. 2 D. comm. 13. 6). S. §. 265 Note 12. Ueber l. 61 §. 3 de furt. 47. 2 s. Dernburg S. 162 und die daselbst Citirten.

[17] L. 3 l. 22 §. 3 D. h. t. Dernburg S. 168.

[18] L. 9 pr. l. 16 §. 1 l. 32 D. h. t., l. 6 C. si aliena res 8. 16, l. 1 §. 2 D. h. t., l. 54 D. de fidei. 46. 1.

* Dig. 19. 3 de aestimatoria. — Chambon Beiträge zum Obligationenrecht I S. 1—110 (1851). Brinz kritische Blätter Nr. 1 (1852). Glück XIX S. 61—75; Unterholzner II §. 488, Sintenis II §. 117.

§. 383. [1] — „cum res vendenda . . datur“, l. 1 pr. D. h. t.

[2] Wenn der Verkauf im Interesse des Hingebenden geschehen soll, und der Empfänger für seine Bemühung nicht bezahlt wird. L. 1 pr. D. h. t.:

Vertrag[3a], oder ein Gesellschaftsvertrag[4]; es kann aber auch sein, daß das Geschäft in keinen dieser Verträge aufgeht. Dieß ist namentlich[5] dann der Fall, wenn die Sache unter Festsetzung eines Preises mit der Bestimmung hingegeben wird, daß der Empfänger unter allen Umständen frei sein solle, wenn er diesen Preis zurückgebe[6]. In diesem Falle spricht man von einem Trödelvertrag[7]. Die Verpflichtungen aus dem Trödelvertrag stehen

— „an mandati"? Hierher gehört auch die kaufmännische Verkaufscommission (Provision = Honorar). Vgl. Seuff. Archiv XI. 144.

[3] Wenn eine Bezahlung für die Dienstleistung des Empfängers verabredet wird. Dabei ist noch der Unterschied möglich, daß als dasjenige, wofür der Empfänger die Bezahlung empfangen soll, entweder die Dienstleistung als solche gedacht wird (locatio conductio operarum), oder der zu Stande gebrachte Verkauf (locatio conductio operis). L. 1 pr. h. t.: — „an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor? an ex conducto, quasi operas conduxissem"? — Ein Miethvertrag ist deßwegen nicht weniger vorhanden, weil die Höhe der Bezahlung von dem Betrage des zu erzielenden Kaufpreises abhängig gemacht wird; nicht einmal das schadet, daß von der Höhe des zu erzielenden Kaufpreises abhängig gemacht wird, ob überhaupt eine Bezahlung erfolgen soll (§. 399 a. E.). Deßwegen wird auch dadurch ein Miethvertrag nicht ausgeschlossen, daß ausgemacht wird, daß der Empfänger behalten dürfe, was er über einen bezeichneten Betrag hinaus für die Sache erzielen werde.

[3a] Wenn die Gegenleistung des Hingebenden nicht in Geld besteht.

[4] Der Eine schießt die Sache ein, der Andere seine Bemühung. L. 44 D. pro soc. 17. 2. „Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, *si animo contrahendae societatis id actum sit*, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis". Vgl. l. 13 D. de praescr. verb. 19. 5.

[5] S. außerdem l. 11 pr. D. de R. C. 12. 1. Es gibt Jemand einem Andern eine Sache, um sie zu verkaufen, und den Kaufpreis als Darlehn zu behalten. Der Vertrag ist nicht Auftrag, weil der Empfänger nur das Recht zum Verkauf erhalten, nicht zum Verkauf verpflichtet werden soll.

[6] In diesem Falle braucht der Empfänger gar nicht zu verkaufen; er kann die Sache sogleich für sich behalten. Dieß hat l. 1 pr. D. h. t. im Auge, wenn sie fragt: „utrum ex vendito sit actio propter aestimationem"?

[7] S. g. contractus aestimatorius. Die Quellen sprechen nur von actio aestimatoria. Sie ist actio praescriptis verbis. Ueber den Gegensatz dieses Vertrages zu anderen Verträgen vgl. zu dem im Vorhergehenden Gesagten: Chambon S. 9 fg. 92 fg., Brinz S. 1 fg., Sintenis Anm. 3. Ob Real- oder Consensualvertrag? Brinz S. 18 fg., Chambon S. 42 fg., Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 18 fg.

unter freiem richterlichen Ermessen[8]. Vor Allem ist der Empfänger verpflichtet, entweder die Sache zurückzugeben, oder den bedungenen Preis[9]; jedoch ist er in dem Falle, wo das Geschäft nicht in seinem Interesse abgeschlossen worden ist, von aller Verpflichtung frei, wenn ihm die Rückgabe der Sache ohne seine Schuld unmöglich geworden ist, wobei er aber für alle Nachlässigkeit einsteht[10]. Ob der Empfänger verpflichtet ist, sich um einen günstigen Verkauf zu bemühen, und Schadensersatz zu leisten, wenn er in dieser Beziehung etwas versieht, hängt von dem Sinn des Geschäfts ab; im Zweifel wird allerdings anzunehmen sein, daß die Parteien diese Verpflichtung gewollt haben, es müßte denn die Hingabe zum Verkauf lediglich im Interesse des Empfängers geschehen sein[11]. Sofortiger Eigenthumsübergang auf den Empfänger darf im Zweifel nicht als gewollt angenommen werden[12]. Daß neben dem Vortheil, welchen der Empfänger durch Verkauf um höheren Preis zu erzielen hofft, noch ein besonderer Lohn festgesetzt ist, welchen er jedenfalls erhalten soll, ändert an der Natur des Geschäfts nichts[13].

---

[8] Die actio aestimatoria ist actio bonae fidei. L. 1 pr. D. h. t., §. 28 I. de act. 4. 6.

[9] Ist eine Frist bestimmt, binnen welcher die Sache zurückgegeben werden soll, so darf der Empfänger nach Ablauf derselben nur noch den Preis leisten. Seuff. Arch. XI. 144.

[10] L. 1 §. 1 D. h. t. sagt schlechthin: „Aestimatio autem periculum facit eius, qui suscepit; aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit“. Dagegen l. 17 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5: — „si quidem ego te venditor (vgl. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 285) rogavi, meum esse periculum; si tu me, tuum; si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes“. Uebereinstimmend Paul. S. R. II. 4 §. 4; vgl. auch l. 11 pr. l. 4 pr. D. de R. C. 12. 1. Ueber die verschiedenen Meinungen s. Chambon S. 57 fg., Brinz S. 37 fg., Mommsen Beiträge I S. 280. 281, Sintenis S. 643.

[11] Vgl. Brinz S. 9.

[12] Vgl. l. 5 §. 18 D. de trib. act. 14. 4. Chambon S. 68 fg., Brinz S. 34 fg., Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 239—254, Bekker krit. VJSchr. IX S. 254 fg. Vgl. auch Wolff Arch. f. prakt. RW. N. F. II. 13.

[13] L. 2 D. h. t. „Haec actio utilis est et si merces intervenit“ Vgl. Brinz S. 6 fg.

6. Uebernahme von Sachen durch Schiffer, Gast- und Stallwirthe*.

§. 384.

Schiffer[1], Gast- und Stallwirthe[2] haften für die Sachen, welche sie in Ausübung ihres Gewerbes[3] bei sich aufnehmen[4],

* S. g. receptum nautae cauponis stabularii. Dig. 4. 9 nautae caupones stabularii ut recepta restituant. — C. F. Müller über die de recepto actio und deren analoge Ausdehnung auf die Postanstalten S. 1—38 (2. Aufl. 1857). Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. III 3. 6 (1860). Harder Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII. 14 (1861). v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 79—83 (1867). Glück VI S. 106—144; Unterholzner II §. 694. 695, Sintenis II §. 120, Holschuher III §. 302.

[1] Unter „Schiffer" wird hier derjenige verstanden, welcher für eigene Rechnung mit einem Schiffe die Frachtschifffahrt betreibt. L. 1 §. 2 D. h. t. „Nautam accipere debemus eum qui navem exercet". L. 1 §. 15 D. de exerc. 14. 1. „Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxit, vel ad tempus vel in perpetuum". Auch Floßschiffer gehören hierher, l. 1. §. 4 D. h. t. (Ueber die lintrarii dieser Stelle s. Brissonius s. v. lyntrarii). §. 384.

[2] L. 1 §. 5 l. 5 pr. D. h. t. Vgl. Harder S. 227.

[3] L. 3. §. 2 D. h. t. Seuff. Arch. XVII. 42, vgl. II. 293. Vgl. übrigens Kuntze zu Holzschuher a. a. O. Nr. 1[a].

[4] L. 1 pr. h. t. „NAUTAE CAUPONES STABULARII QUOD CUIUSQUE SALVUM FORE RECEPERINT NISI RESTITUENT IN EOS IUDICIUM DABO". Das „salvum fore recipere" hat vielleicht ursprünglich eine ausdrückliche Garantieübernahme bezeichnet, ist aber jedenfalls später von einfacher factischer Uebernahme verstanden worden. L. 1 §. 6. 8 D. h. t. Goldschmidt S. 97 fg. Specielle Ueberweisung an den Schiffer ꝛc. ist nicht erforderlich; es genügt, daß die Sachen mit Wissen des Schiffers ꝛc. oder der zu seiner Vertretung Befugten in das Schiff ꝛc. gebracht worden seien. L. 1 §. 8. 2. 3. 6 D. h. t. Vgl. übrigens Seuff. Arch. VII. 40, ferner Sintenis Anm. 8 und Text dazu. Von der andern Seite ist, wenn eine specielle Ueberweisung stattgefunden hat, nicht erforderlich, daß die Sachen in den betreffenden Raum eingebracht worden seien, l. 2 pr. D. h. t. Seuff. Arch. I. 167. — Mehrfach wird behauptet, daß die strengere Haftung des Schiffers sich bloß auf die von einem mitreisenden Fahrgast eingebrachten Sachen beziehe, nicht aber auf Waaren, welche allein verschickt werden, so noch zuletzt von Harder S. 222 fg., Seuff. Arch. XIII. 251; dagegen Müller S. 10, Goldschmidt S. 62. Weder

mit besonderer Strenge[5]. Sie stehen nämlich nicht bloß für Nachlässigkeit ein, sondern außerdem für jeden Verlust und jede Beschädigung, welche durch eine specielle Beaufsichtigung der Sachen hätten vermieden werden können; unterlassen sie eine solche Beaufsichtigung, so thun sie das auf eigene Gefahr[6]. Im

---

die Fassung des praetorischen Edicts (s. ob.), noch die demselben von der römischen Jurisprudenz gegebene Auslegung schließt den letzteren Fall aus.

[5] Nach einer Vorschrift des praetorischen Edicts, l. 1 pr. D. h. t. (Note 4). L. 1 §. 1 eod. Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque, eorum fidem sequi, et res custodiae eorum committere. Ne (neve quisquam putet, graviter hoc adversus eos constitutum; nam est in eorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus". L. 3 §. 1 D. eod.: — „ut innotesceret, praetorem curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum". Aus l. 1 §. 1 cit. zu schließen, wie Harder S. 229 thut, daß die praetorische Vorschrift keine Anwendung finde, wo die Aufnahme obligatorisch sei, ist nicht gerechtfertigt. Man hat auch wohl die römische Vorschrift für heutzutage überhaupt unanwendbar erklären wollen, weil der in den vorstehenden Stellen den genannten Personen gemachte Vorwurf der Schlechtigkeit (vgl. Goldschmidt S. 355 Anm. 155) heutzutage nicht mehr zutreffend sei. S. darüber Goldschmidt S. 340 fg. — Ueber den scheinbaren oder wirklichen, jedenfalls das Civilrecht nicht berührenden, Widerspruch zwischen l. 1 §. 1 cit. und l. 1 §. 6 D. furti adv. nautas 47. 5 s. namentlich Vangerow III §. 648 Anm. 1, wo auch die Literatur angegeben ist. Vangerow's Erklärung scheint Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII. 7 unbekannt geblieben zu sein.

[6] Das Edict (Note 4) sprach unbedingte Haftverbindlichkeit des Aufnehmenden aus; jede Beschränkung derselben muß also auf dem Wege der exceptio geltend gemacht werden, l. 3 §. 1 i. f. D. h. t. Die Beschränkung der unbedingten Haftverbindlichkeit des Uebernehmenden wird nun in unseren Quellen näher dahin bestimmt, daß derselbe nicht für „damnum fatale" „vis maior", hafte, l. 3 §. 1 cit. Wie unterscheidet sich aber hiernach seine Verhaftung von einer Verhaftung, welche über culpa nicht hinausgeht, während es doch ausdrücklich heißt (l. 3 §. 1 cit.): „omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est"? Auf die Lösung des „Räthsels" (Goldschmidt S. 93) führt die Erwägung, daß von dem Uebernehmenden in den Quellen abwechselnd gesagt wird, er trage das periculum rei, und er hafte für custodia oder trage das periculum custodiae (l. 1 §. 8 l. 4 pr. l. 5 pr. D. h. t., l. 14 §. 17. D. de furt. 47. 2, l. 1 §. 4 D. furti adv. nautas 47. 5). Custodia aber bezeichnet nicht bloß diligentia in custodiendo (§. 265 Note 2), sondern auch eine, an und für sich über die Pflichten eines ordentlichen Mannes hinausgehende, specielle Beaufsichtigung

Uebrigen kann der mit ihnen abgeschlossene Vertrag einen sehr verschiedenen Inhalt haben; namentlich ist es nicht nothwendig, daß dem Uebernehmenden ein Entgelt versprochen worden sei[7]. Die strenge Verhaftung des Uebernehmenden kann durch Vertrag der Parteien ausgeschlossen werden[8].

---

und Bewachung, namentlich da, wo ausdrücklich custodia übernommen worden ist (vgl. Vangerow I S. 161). Dafür beweisen l. 55 pr. D. loc. 19. 2 (vgl. l. 60 §. 6 eod. vv. *recipere suo periculo*), §. 3 I. de emt. et vend. 3. 23 (wo, nebenbei gesagt, das vielbesprochene: idem et in ceteris animalibus cet. ohne alle Schwierigkeit ist, wenn man nur festhält, daß diese Worte einen Fall voraussetzen, wo dem Schuldner die Sache ohne seine culpa abhanden gekommen ist). Der Uebernehmende wird also behandelt, wie Jemand, der specielle custodia ausdrücklich versprochen hat, und diese Gleichstellung findet sich auch wirklich in l. 14 §. 17 i. f. D. de furt. 47. 2. Der Uebernehmende haftet daher unbedingt für Entwendung und Beschädigung nicht bloß seiner Dienstleute und der Passagiere (l. 1 §. 8 l. 2 l. 3 pr. D. h. t.), sondern auch dritter Personen vgl. l. 5 §. 1 h. t.), vorausgesetzt daß die Entwendung oder Beschädigung nicht mit einer Gewalt ausgeführt worden ist, welche sich auch durch eine specielle Beaufsichtigung nicht würde haben abwenden lassen (l. 31 pr. D. de A. E. V. 19. 1: — „custodia adversus vim parum proficit“, l. 41 D. loc. 19. 2: — „sive custodiri potuit, ne damnum daretur“). Im Wesentlichen übereinstimmend Goldschmidt S. 93 fg. 113 fg. 369; über die verschiedenen Ansichten s. Goldschmidt S. 79 fg. Seuff. Arch. II. 49. 180, IV. 113. 114, VIII. 48, XIII. 54 (225), XVIII. 43. HGB. Art. 395. 607 (Note 9).

[7] L. 3 §. 1 l. 6 pr. D. h. t. Der mit dem Uebernehmenden abgeschlossene Vertrag kann nach seinem sonstigen Inhalt sein: Miethvertrag (l. 3 §. 1 cit.), unbenannter Vertrag (wenn die Gegenleistung des Einbringenden nicht in Geld besteht), Hinterlegung (l. 3 §. 1 cit.), Auftrag. Daraus ergibt sich eine Schwierigkeit für die Einordnung der Lehre vom receptum in's System. Es bietet sich eine doppelte Möglichkeit der Auffassung dar. Man kann sagen, der Inhalt der Lehre vom receptum sei nichts als eine gesetzliche Modification der in den vorgedachten Verträgen übernommenen Vertragspflicht. Hiernach wäre diese Lehre bei einem dieser Verträge (am Passendsten bei dem hier ohne Zweifel am häufigsten Platz greifenden Miethvertrag) vorzutragen, und bei den übrigen Verträgen auf sie zu verweisen. Man kann aber auch sagen, der Uebernehmende begründe durch die Uebernahme selbst für sich eine Verbindlichkeit mit gewissem gesetzlich normirten Inhalt; im Uebrigen komme es auf die näheren Bestimmungen des Vertrages an, wozu er verpflichtet sei. Nach dieser Auffassung läßt sich das receptum, wie hier geschehen, unter die Realverträge stellen. Vgl. Müller S. 14, Goldschmidt S. 63 fg. S. 103 Anm. 79, Sintenis Anm. 1.

[8] Ein solcher Vertrag ist auch dann vorhanden, wenn der Uebernehmende

Die für das heutige Recht vielfach behauptete Ausdehnung der vorstehenden Bestimmungen auf den Landtransport läßt sich nicht rechtfertigen[9].

7. Andere Verträge auf Rückgabe.

§. 384a.

Die im Vorstehenden erwähnten Verträge auf Rückgabe sind nicht die einzig möglichen. Es kann noch zu allerlei anderen Zwecken Etwas hingegeben werden, mit der Auflage, es zurückzugeben[1]. Alle diese Verträge stehen unter freiem richterlichen Ermessen, welches die Verpflichtungen der Parteien für den einzelnen Fall aus den getroffenen Verabredungen und aus der Intention des Geschäfts zu bestimmen hat[2]. Was insbesondere

---

im Voraus eine allgemeine öffentliche Erklärung über das Maß der Verhaftung, welche er auf sich zu nehmen gewillt sei, abgegeben hat, und der Einbringende seine Sachen in Kenntniß dieser Erklärung eingebracht, oder die eingebrachten nach erlangter Kenntniß nicht zurückgenommen hat. Vgl. l. 7 pr. D. h. t., welche Stelle allerdings unmittelbar nur von dem Strafanspruch gegen den Schiffer ꝛc. aus den Delicten seiner Leute handelt (Dig. 47. 5 furti adversus nautas caupones stabularios, s. §. 454 Nr. 5). Goldschmidt S. 331—339, Holzschuher a. a. O. Nr. 11 Seuff. Arch. X. 162 — Hört die strenge Verhaftung des Gastwirths mit der Abreise des Reisenden auf? Gimmerthal Arch. f. pr. RW. N. F. II S. 116 fg.

[9] S. über diese vielbesprochene Frage Goldschmidt S. 352 fg., Müller S. 39 fg., und die von diesen Schriftstellern verzeichnete Literatur (Holzschuher III a. a. O.) Kompe Zeitschr. f. Handelsr. XI S. 42—48 (1867). — Das HGB. stellt (Art. 390) den Wasser- und Landtransport (mit Einschluß der Eisenbahnen und Posten, Art. 421) gleich, und bestimmt für denselben (Art. 395. 607), daß der Frachtführer für jeden Verlust und jede Beschädigung hafte, sofern er nicht beweise, „daß der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis maior) oder durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage u. dgl. oder durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist". Art. 400: „Der Frachtführer haftet für seine Leute, und für andere Personen, deren er sich bei der Ausführung des von ihm übernommenen Tranportes bedient". Diese Bestimmungen können, was Eisenbahnen betrifft, durch Vertrag nicht abgeändert werden (Art. 423).

§. 384a. [1] Beispiele in l. 1 §. 2 l. 17 §. 2. 4. 5 l. 20 l. 23 D. de praescr verb. 19. 5; l. 8 l. 26 eod. S. auch §. 368 Note 13, §. 369 Note 3.

[2] Die Römer lassen aus diesen Verträgen eine actio praescriptis verbis

die Frage nach der Verhaftung für Nachlässigkeit angeht, so ist die Regel auch hier die, daß nur derjenige für Nachlässigkeit nicht zu haften hat, welcher bei dem Geschäft ohne alles eigene Interesse ist[3].

D. Verträge auf Umsatz.

1. Der Kauf*.

a. Begriff.

§. 385.

Der Kauf ist ein gegenseitiger Vertrag (§. 321). Er ist gerichtet auf Umsatz einer Sache gegen Geld. Verkaufen heißt: erklären, daß ein Anderer eine Sache haben und dafür Geld bezahlen solle; kaufen heißt: erklären, daß man Geld bezahlen und dafür eine Sache erhalten wolle. Der uns geläufige Ausdruck

---

entstehen, und die actio praescriptis verbis ist bonae fidei actio. Vgl. l. 2 §. 2 D. de prec. 43. 26, l. 1 pr. D. de aest. 19. 3. Zwar ist dieß nicht unbestritten (wegen §. 28 I. de act. 4. 6, Puchta Instit. II §. 165. kkk, Rudorff röm. RGesch. II S. 151 Note 23); aber s. Savigny Syst. V S. 485. f, Keller röm. Civilproc. §. 42 Note 480, Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. II §. 96 Note 97.

[3] L. 17 §. 2 D. de praescr. verb. 19. 5: — „si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa, sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandum esse dico propter utilitatem, periculum non; si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit“.

* Inst. 3. 23 de emtione et venditione. Aus den Pandekten sind die Haupttitel: 18. 1 de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt, — 19. 1 de actionibus emti et venditi; aus dem Codex: 4. 38 de contrahenda emtione et venditione, — 4. 49 de actionibus emti et venditi; ferner die bei §. 391 und 393 citirten Titel. — Treitschke der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel, nach römischem Recht und den wichtigsten neueren Gesetzgebungen (1838, 2. Aufl. 1866). Fritz Pandektenrecht Th. I Bd. 3 (1844). Thöl Handelsrecht I §. 63 fg. Glück XVI. XVII S. 1—240; Unterholzner II S. 217—298, Sintenis II S. 593—640. — Ueber das Verhältniß des Civilrechts zum Handelsrecht, namentlich nach dem HGB., vgl. den Aufsatz von Hoffmann, Arch. f. prakt. RW. N. F. III S. 135 fg. §. 385.

bezeichnet das Geschäft nur von der einen Seite; die Römer pflegen sich genauer auszudrücken[1].

Verkauft werden können alle Sachen, welche dem Verkehr nicht entzogen sind[2], bewegliche und unbewegliche[3], körperliche und unkörperliche[4], gegenwärtige und zukünftige[5], nicht bloß

---

[1] Sie pflegen den Kauf als emtio et venditio zu bezeichnen. Doch ist auch bei ihnen dieser Sprachgebrauch kein constanter; sie wenden ohne besondere Schwierigkeit auch jeden einzelnen dieser beiden Ausdrücke zur Bezeichnung des ganzen Geschäfts an, vgl. z. B. l. 2 D. h. t. 18. 1, und s. auch l. 19 D. de A. E. V. 19. 1. — Die Franzosen bezeichnen das Geschäft nicht, wie wir, von der Kaufs-, sondern von der Verkaufsseite (vente).

[2] L. 34 §. 1 D. h. t. 18. 1. „Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit. Quas vero natura, vel gentium ius, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est". S. aber auch §. 315 Note 5.

[3] Die bewegliche Sache als Gegenstand des Kaufvertrages heißt merx. L. 66 D. de V. S. 50. 16. Der entsprechende deutsche Ausdruck „Waare" wird heutzutage mit vorzugsweiser Beziehung auf den kaufmännischen Kauf (Waarenhandel) gebraucht. Treitschke §. 1. — Kann auch baares Geld den Gegenstand eines Kaufgeschäfts bilden? Ich zweifele nicht. Geld kommt im Verkehr nicht bloß als Werthmesser, sondern auch als Waare in Betracht. Uebereinstimmend Heyer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XV S. 42—45; a. M. Anthes das. XVIII S. 216—220, Vangerow III S. 442. Der erste dieser letzteren Schriftsteller geht, was ganz gewiß unrichtig ist, so weit, selbst in Betreff individuell bestimmter Geldstücke die Möglichkeit eines Kaufs zu leugnen.

[4] Namentlich Dienstbarkeiten und andere dingliche Rechte, ferner Forderungen. Auch die Befreiung von einer dinglichen oder persönlichen Last kann den Gegenstand eines Kaufvertrages bilden.

[5] Und zwar zukünftige noch in doppelter Weise, entweder so, daß kein Kaufvertrag zu Stande kommen soll, wenn die verkaufte Sache nicht zur Existenz gelangt (s. g. emtio venditio rei speratae, l. 8 pr. D. h. t. 18. 1), oder so, daß ein Kaufvertrag unter allen Umständen bestehen soll, in welchem Falle die Quellen von einer emtio spei oder aleae sprechen (l. 8 §. 1 eod., l. 11 §. 18 l. 12 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7 D. de her. vel act. vend. 18. 4, l. 73 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2). In dem ersten Fall ist der Vertrag für beide Parteien ein bedingter, in dem letzten nur für den Verkäufer (§. 387 Note 1). S. auch l. 11. 12 D. de her. vel act. vend. 18. 4. Vgl. Vangerow III S. 443. 444. — Kauf einer erst anzufertigenden Sache: §. 401 a. E. — Ungeerntete Früchte sollen nach der Bestimmung der R. P. O. von 1577 Tit. 19 §. 3 nicht anders verkauft werden dürfen, als um ihren jetzigen Marktpreis, oder den Marktpreis, welchen sie 14 Tage nach der Ernte haben werden. Vgl. Seuff. Arch. XIV. 24.

eigene, sondern auch fremde[6]. Auch ein Vermögen kann verkauft werden[7]; ferner kann der bloße Besitz Gegenstand des Kaufes sein[8].

Daß die Gegenleistung des Käufers in Geld bestehe, ist dem Begriff des Kaufes wesentlich; besteht sie in etwas Anderem, so spricht man nicht von Kauf[9]. Jedoch thut es dem Begriff des Kaufes keinen Eintrag, daß der Geldleistung eine Leistung anderen Inhalts hinzugefügt wird[10], und wenn die Parteien ein Geschäft, bei welchem die Gegenleistung keine Geldleistung ist, ausdrücklich als Kauf bezeichnen, so finden immerhin die Grundsätze vom Kaufvertrag Anwendung[11].

b. Abschluß.

§. 386.

Der Kauf wird geschlossen[1] durch die erklärte Willenseinigung der Parteien; einer Form bedarf die Erklärung dieser

---

[6] L. 28 D. h. t. 18. 1. „Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est; nam emtio est et venditio; sed res emtori auferri potest“. Nur darf die Sache nicht eine eigene des Käufers sein; in diesem Falle liegt für den Verkäufer Unmöglichkeit der Leistung vor, und damit ist der ganze Vertrag nichtig (§. 321 Note 21). L. 16 pr. l. 18 pr. D. h. t. 18. 1, l. 4. 10 C. eod. 4. 38, l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17. S. aber auch Note 8. Ueber den Fall, wo die gekaufte Sache gestohlen ist, s. l. 34 §. 3 D. h. t. 18. 1 (vgl. §. 321 Note 22).

[7] S. §. 397 a. E.

[8] Auch der Besitz einer im Eigenthum des Käufers stehenden Sache. L 34 §. 4 D. h. t. 18. 1.

[9] §. 2 I. h. t., l. 1 §. 1 D. h. t. 18. 1, l. 6 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7 C. de rer. perm. 4. 64.

[10] L. 6 §. 1. 2 l. 21 §. 4 D. de A. E. V. 19. 1, l. 79 D. h. t. 18. 1.

[11] L. 1 C. de rer. perm. 4. 64, vgl. Gai. III. 141 i. f. Vgl. Leist Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII S. 361—366, Vangerow III S. 444, Thöl I §. 63 Note 2.

[1] Auf den Abschluß des Kaufvertrages bezieht sich der Ausdruck: perfecta est emtio et venditio. Dieser Ausdruck bezeichnet jedoch nicht, wenigstens wo er im eigentlichen Sinne gebraucht wird, denjenigen Zustand, wo beide Parteien gebunden sind, sondern denjenigen, wo der Kauf in aller und jeder Beziehung vollendet ist, so daß der Käufer die Gefahr trägt. S. darüber §. 390 und Kuntze Zeitschr. f. RPfl. u. Verw. in Sachsen N. F. XI S. 224 fg. § 386

Willenseinigung nicht[2]. Daß das Wort Kaufen oder Verkaufen beim Geschäft gebraucht worden sei, ist nicht nothwendig. Die Willenseinigung muß sich auf die wesentlichen Punkte des Geschäfts beziehen, also darauf, daß der Eine eine Sache und dafür der Andere Geld erhalten solle[3]; ist aber über Nebenpunkte verhandelt worden und darüber Dissens geblieben, so darf im Zweifel nicht angenommen werden, daß die Parteien trotz dieses Dissenses einen Vertrag haben schließen wollen[4]. In der Art und Weise der Bestimmung der Kaufsache und des Kaufpreises haben die Parteien vollkommen freie Hand[5]. Ist die Bestimmung der Kaufsache dem Verkäufer, oder die Bestimmung des Kaufpreises dem Käufer überlassen, so ist im Zweifel als Wille der Parteien anzunehmen, daß das billige Ermessen, nicht, daß die Willkür der bezeichneten Person entscheiden solle[6]. Aber auch wenn es feststeht,

---

[2] L. 1 §. 2 l. 9 pr. D. h. t. 18. 1, pr. I. h. t. (§. 312 Note 2). Stillschweigender Abschluß des Kaufvertrags durch Behalten unbestellt zugesandter Waaren: Seuff. Arch. VIII. 36, XIII. 218. Vgl. auch das. XV. 219. Vgl. §. 308 Note 2.

[3] Wenn §. 3 I. h. t. und l. 2 pr. D. loc. 19. 2 den Abschluß des Kaufvertrages von der Einigung über den Kaufpreis abhängig machen, so setzen sie natürlich Einigung über die Kaufsache voraus.

[4] L. 9 pr. D. h. t. 18. 1. „In venditionibus et emtionibus consensum debere intercedere palam est. Ceterum sive in ipsa emtione dissentiant, sive in pretio, sive in quo alio, emtio imperfecta est". Vgl. Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 134—135. Seuff. Arch. XIII. 139.

[5] Alternative Bestimmung der Kaufsache: l. 25 pr. l. 34 §. 6 D. h. t. 18. 1. Soll ein Dritter die Kaufsache oder den Kaufpreis bestimmen, so hängt das Zustandekommen des Kaufvertrages davon ab, daß er eine Bestimmung wirklich treffe, l. 15 C. h. t. 4. 38, §. 1 I. h. t. S. auch l. 7 §. 1. 2 l. 37 D. h. t. 18. 1, und vgl. dazu Seuff. Arch. VII. 26, XII. 20, XVII. 30. Kann auch gekauft werden „um so viel als billig ist"? Dafür l. 16 §. 9 D. de pign. 20. 1, vgl. übrigens l. 25 pr. D. loc. 19. 2.

[6] L. 22 §. 1 D. de R. I. 50. 17. „Generaliter probandum est, ubicunque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius condicio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse". Vgl. l. 7 pr. D. h. t., l. 6 l. 77. 79 D. pro soc. 17. 2, l. 24 pr. D. loc. 19. 2, l. 3 C. de dot. prom. 5. 11. Thon Zeitschr. f. Civ. u. Pr. X S. 207 fg. Bis die betreffende Bestimmung getroffen ist, ist das Geschäft negotium imperfectum (l. 35 §. 1 D. h. t. 18. 1), aber deßwegen nicht ungültig. A. M. Unterholzner S. 230 Note e und Thöl S. 403, welche behaupten, ein solcher Kauf sei für den Käufer unverbindlich. Sie berufen sich auf die citirte

daß die Parteien das Letztere gewollt haben, ist das Geschäft nicht ungültig[7]; nur ist für den Fall, wo Verkäufer oder Käufer von ihrer Willkür einen derartigen Gebrauch machen, daß ihre Leistung als Aequivalent der Gegenleistung gar nicht mehr angesehen werden kann, nicht Kauf, sondern Schenkung vorhanden. Ebenso ist Schenkung und nicht Kauf vorhanden, wenn die Erklärung, daß der Käufer eine Sache, oder die Erklärung, daß der Verkäufer für die Sache einen Preis erhalten solle, nicht ernstlich gemeint ist[8].

§. 387.

Der Kauf kann unter einer Bedingung abgeschlossen werden,

---

l. 35 §. 1 D. h. t. und auf l. 13 C. h. t. 4. 38, welche letztere Stelle nicht von billigem Ermessen spricht, und nichts beweisen würde, wenn sie es thäte; s. die folgende Note. Vgl. noch Holzschuher III S. 20. 21. — Hierher gehört auch der Fall, wo eine Sache gekauft wird ohne vorherige Vereinbarung über den Kaufpreis; die Meinung der Parteien ist, der Verkäufer solle fordern dürfen; aber fordert er unbillig, so kann seine Forderung durch den Richter herabgesetzt werden. Den einmal geforderten Preis kann der Verkäufer hinterher nicht mehr erhöhen; durch die Stellung des Preises bringt er das Geschäft zur Vollendung. Thon Zeitschr. f. Civ. u. Pr. X. 7. Seuff. Arch. II. 177. 284, IX. 339, XI. 233, XII. 19, XVI. 41. Die Römer gewährten übrigens in einem solchen Falle dem Verkäufer nur actio praescriptis verbis auf Grund seiner Lieferung, vgl. l. 22 D. de praescr. verb. 19. 5, §. 1 I. de loc. et cond. 3. 24. — Bei Handelsgeschäften ist anzunehmen, daß die Parteien nicht einen von dem Verkäufer zu bestimmenden, sondern den Marktpreis gewollt haben. Thöl S. 403 Note 3. 404 fg. Seuff. Arch. II. 166.

[7] Wer sich anheischig machen kann, für ein Garnichts zu leisten, kann sich auch anheischig machen, für ein vom Gegner zu bestimmendes x zu leisten. Nicht entgegensteht l. 13 C. h. t. 4. 38. „In vendentis vel ementis voluntatem collata condicione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est". Diese Stelle braucht nicht davon verstanden zu werden, daß keiner der Contrahenten gebunden sei; der Plural „contrahentes" will sagen: Verkäufer bez. Käufer. Vgl. übrigens auch Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 278 (dawider Arndts §. 300 Anm. 3). S. noch §. 309 Note 8 (Versteigerung mit sofortiger Gebundenheit des Versteigerers).

[8] L. 36. 38 D. h. t. 18. 1, l. 3. 9 C. eod. 4. 38. Hierher gehört auch der Fall, wo das, was der Eine erhalten soll, als Aequivalent für die von ihm zu machende Leistung gar nicht angesehen werden kann (venditio nummo uno). Anders, wenn es nur dem Werthe seiner Leistung nicht gleichkommt; in diesem Fall ist das Geschäft Kauf, trägt aber zugleich eine Schenkung in sich (§. 365 Note 3).

einer aufschiebenden oder einer auflösenden. Es kann auch bloß die Verpflichtung des Verkäufers, oder bloß die Verpflichtung des Käufers[1] von einer Bedingung, es kann auch jede dieser Verpflichtungen von einer verschiedenen Bedingung abhängig gemacht werden[2]. Für den bedingten Kauf gelten die gleichen Regeln, wie für bedingte Rechtsgeschäfte überhaupt, namentlich auch was den Fall angeht, wo die Bedingung auf das nackte Wollen, die Willkür, einer der Parteien gestellt ist. Ist in diesem Fall die Bedingung a) eine aufschiebende, so ist derjenige Contrahent, auf dessen Willkür die Bedingung gestellt ist, einstweilen gar nicht, sein Gegner bedingt verpflichtet; durch die Erfüllung der Bedingung aber, unter welcher sein Gegner verpflichtet ist, wird auch für ihn eine Verpflichtung erzeugt[3]. Ist die Bedingung b) eine auflösende, so wird durch die Erfüllung derselben der Vertrag aufgelöst nach dem gemeinen Recht der auflösenden Bedingung, so also, daß, wenn der Käufer es ist, auf dessen Willkür die Bedingung gestellt ist, die von demselben in der Zwischenzeit auf die Kaufsache gelegten dinglichen Lasten aufrecht erhalten bleiben[4].

Ein Fall des Kaufes unter einer auf nacktes Wollen ge-

---

§. 387. [1] Bloß die Verpflichtung des Verkäufers ist z. B. bedingt bei dem Kauf einer Sache, deren (gegenwärtige oder zukünftige) Existenz noch ungewiß ist (emtio spei); s. die Stellen in §. 385 Note 5. Wenn bloß die Verpflichtung der einen Partei bedingt ist, so kann die andere möglicherweise leisten müssen, ohne ihrerseits etwas zu erhalten; nichtsdestoweniger ist der Vertrag nicht Schenkung, auch nicht eventuelle Schenkung; die Partei, welche leisten muß, hat immerhin ein Aequivalent für ihre Leistung erhalten, nämlich die Aussicht auf Gewinn, welche sich allerdings nun als trügerisch erweist. Der römische Ausdruck emtio spei ist also ganz bezeichnend. Hierher gehört auch das moderne Ausspielgeschäft, welches aber nach particularrechtlicher Bestimmung gewöhnlich einer polizeilichen Concession bedarf.

[2] Dieß folgt unmittelbar aus dem Vorhergehenden.

[3] S. §. 321 Nr. 5. a, I §. 93 Note 1. In l. 7 pr. D. h. t. 18. 1 heißt es nur: „venditio nulla est“, obgleich freilich Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 267 meint, es sei „nichts gewisser“, als daß die Stelle „beiderlei Geschäfte“ für ungültig erkläre. Ueber l. 13 C. h. t. 4. 48 s. §. 386 Note 7.

[4] S. §. 323 Note 6; l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. Der Verkäufer kann aber die Rücknahme der Sache verweigern, wenn der Käufer diese Lasten nicht ablöst oder ihn für dieselben entschädigt. Vgl. l. 21 §. 1 l. 43 §. 8 D. de aed. ed. 21. 1.

stellten Bedingung ist namentlich auch der s. g. Kauf auf Besicht oder auf Probe[5]. Der Sinn eines solchen Kaufes ist im Zweifel der, daß der Käufer sich nach seinem freien Belieben solle entscheiden dürfen, ob er gekauft haben wolle, oder nicht, ohne, wenn er sich für das Letztere entscheidet, darüber Rechenschaft geben zu müssen, daß ihm die Sache wirklich nicht gefalle[6]. Die Parteien können dabei eine aufschiebende oder eine auflösende Bedingung gewollt haben[7]; ob sie das Eine oder das Andere gewollt haben,

---

[5] Vgl. über dieses Geschäft: Cropp in Heise und Cropp Juristische Abhandlungen I Nr. 12 (1827). Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 66 fg. 262 fg. 386 fg. (1858). Fitting das. II S. 203 fg. (1859). Unger das. III S. 386 fg. (1860). Fitting das. V S. 79 fg. (1862). Eine dankenswerthe Zusammenstellung des Inhalts der vier zuletzt genannten Aufsätze gibt Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVI. 11 (1863). S. ferner Arndts §. 301 Anm. 5, Vangerow III §. 635 Anm. Nr. II, Thöl Handelsr. I §. 71; Brackenhöft Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII. 11. — Für das Geschäft sind außer den im Text genannten Bezeichnungen verschiedene andere vorgeschlagen worden: „Handel nach Belieben", „Handel nach Gefallen", „Handel auf Gefallen" (s. Fitting Arch. S. 242), „Handel auf Laune" (Thöl). S. auch Thöl §. 71 im Anf.

[6] So die herrschende Meinung. Seuff. Arch. X. 40, XVIII. 239. Das Gegentheil hat Unger a. a. O. S. 407 fg. auszuführen versucht; s. gegen denselben namentlich Fitting in dem zweiten Aufsatz S. 90—115. S. auch HGB. Art. 339. — Beim Weinkauf soll nach Goldschmidt's Meinung (S. 73 fg.) bei den Römern der Vorbehalt der Probe (degustatio) nur die Bedeutung gehabt haben, daß durch dieselbe die Unverdorbenheit des Weins habe constatirt werden sollen. Das beste Argument für diese Behauptung liegt in Cato de re rustica c. 148; unsere Rechtsquellen (von dem Institut der degustatio handeln namentlich l. 1 pr. l. 4 pr. §. 1 l. 15 D. de per. 18. 6, l. 34 §. 5 D. h. t. 18. 1) lassen sie zum Mindesten zweifelhaft. Für das heutige Recht nimmt Goldschmidt die Geltung dieses römischen Instituts nicht in Anspruch (S. 400). Für Goldschmidt hat sich Fitting erklärt; gegen denselben Arndts §. 301 Anm. 1 (zweifelnd aber wieder in der 5. Aufl.). — Es kann ausgemacht werden, daß der Käufer für das ihm eingeräumte Wahlrecht eine Vergütung solle zu zahlen haben. Hierher gehört das kaufmännische Prämiengeschäft. Thöl Handelsr. I §. 91 fg.

[7] Aufschiebende Bedingung: §. 4 I. h. t., l. 20 pr. §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5; auflösende Bedingung: l. 20 §. 1 cit., l. 6 D. de resc. vend. 18. 5, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. — Die Parteien können möglicherweise auch weder aufschiebende, noch auflösende Bedingung gewollt haben, sondern Entstehen einer obligatorischen Verbindlichkeit zur Rückgängigmachung der eingetretenen Wirkungen des Geschäfts (I §. 90 Note 2 und 3). Dabei ist

ist, wenn die gebrauchten Ausdrücke keinen Anhalt geben, nach den Umständen des besonderen Falles zu entscheiden[8]. Haben sie eine aufschiebende Bedingung gewollt, so kommt ein Vertrag erst zu Stande durch die Billigung des Käufers, und diese Billigung kann natürlich auch dann verweigert werden, wenn die Sache inzwischen untergegangen oder verschlechtert worden ist; jedoch muß der Käufer Ersatz geben, wenn dieß durch seine Schuld geschehen ist[9]. Haben sie eine auflösende Bedingung gewollt, so bleibt der zu Stande gekommene Verkauf bestehen bis zur Mißbilligung des Käufers; durch die Mißbilligung aber wird er deßwegen nicht weniger rückgängig gemacht, weil dieselbe erfolgt, nachdem die Kaufsache untergegangen oder schlechter geworden ist[10],

---

es, wenn der Rücktritt dem Käufer vorbehalten ist, noch speciell möglich, daß die Parteien die Anwendung der Grundsätze des aedilicischen Edicts über die Redhibition gewollt haben, wo dann der Rücktritt binnen 60 Tagen erklärt werden muß, l. 31 §. 22 D. de aed. ed. 21. 1. Bei den Römern wurde auf diesen letzteren Willen aus dem Gebrauch gewisser Ausdrücke geschlossen, namentlich aus dem Gebrauch des Ausdrucks redhibere (l. 31 §. 22—24 D. de aed. ed. 21. 1), vielleicht auch des Ausdrucks inemtum esse (l. 4 C. de aed. ed. 4. 58, Vat. fr. §. 14; l. 3 D. h. t. 18. 1, l. 2 §. 5 D. pro emt. 41. 4, l. 11 §. 13 D. quod vi aut cl. 43. 24). Vgl. mit Goldschmidt S 113. 122 Fitting II S. 268 fg.

[8] Ist es dabei ein relevanter Umstand, daß die Kaufsache übergeben oder noch nicht übergeben worden ist? Cropp S. 193. 194, Thöl §. 71 Note 25 26, Goldschmidt S. 115. — Wie, wenn die Umstände eine Entscheidung nicht an die Hand geben, was ist im Zweifel anzunehmen? Vgl. über diese Frage Cropp S. 191—196, Goldschmidt S. 116 (über den Fall des Weinkaufs ad gustum dens. S. 76 fg.), Thöl §. 71 Note 24, Puchta §. 360 i. k, Fitting II S. 277; Seuff. Arch. XVIII. 236. M. E. wird nichts Anderes übrig bleiben, als im einzelnen Fall gegen denjenigen zu entscheiden, welcher darauf, daß die Bedingung eine aufschiebende oder auflösende sei, einen Anspruch gründet (I §. 84 Note 4). — HGB. Art. 339 Satz 1. „Diese Bedingung ist im Zweifel eine aufschiebende".

[9] L. 17 §. 2. 4 l. 20 §. 1. 2 D. de praescr. verb. 19. 5. Ebenso muß der Käufer den von der Sache gezogenen Gewinn herausgeben, l. 13 §. 1 D. comm. 13. 6, l. 20 pr. D. de praescr. verb. 19. 5.

[10] Der Verkäufer trägt also die Gefahr nicht bloß der Verschlechterung, sondern auch des Unterganges. Das Letztere ist jedoch bestritten; anerkannt wird es von Schweppe Röm. Privatr. III §. 333 Note 3, Brinz S. 482, geleugnet von Goldschmidt S. 120, Fitting II S. 270, Thöl Note 22[a]. Bleibt man bei dem reinen Rechte der auflösenden Bedingung stehen, so wird man nicht anders entscheiden können, als im Texte geschehen (§. 390 Note 10),

vorbehaltlich natürlich auch hier der Entschädigungsverbindlichkeit des Käufers. Billigung und Mißbilligung müssen rechtzeitig erfolgen[11]; sonst gelten sie als nicht geschehen[12]. Rechtzeitig sind sie, wenn sie innerhalb der im Vertrage vorgeschriebenen Zeit erfolgen; wenn keine Zeit vorgeschrieben ist, sind sie rechtzeitig, wenn sie erfolgen binnen ortsüblicher Frist, oder, wo eine solche nicht besteht, sobald als möglich[13]. Billigung und Mißbilligung können nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erklärt werden[14]. — Von dem Kauf auf Probe ist wohl zu unterscheiden der Kauf nach Probe: Kauf einer Quantität von Sachen, die einer vorgelegten Probe entsprechen sollen[15].

---

und die Frage wird nur die sein können, ob man nicht aus den von den Parteien gebrauchten Worten oder aus anderen Umständen auf eine entgegengesetzte Willensmeinung schließen dürfe. Z. B. es wäre gesagt: es solle bei Nichtgefallen der Sache gegen Rückgabe der Sache das Kaufgeld zurückgefordert werden können.

[11] Eine nicht rechtzeitige Billigung bringt den Kaufvertrag nicht zu Stande; eine nicht rechtzeitige Mißbilligung löst ihn nicht auf. Will der Verkäufer die nicht rechtzeitige Billigung oder Mißbilligung dennoch annehmen, so wird nun ein neuer Vertrag abgeschlossen. — Ueber die jetzt aufgegebene Ansicht, daß der Käufer durch Unterlassung der Erklärung binnen der rechten Zeit in Verzug komme, s. Vangerow S. 453, Goldschmidt S. 128 fg., Thöl Note 20. 20[a]. Vgl. übrigens auch Note 14.

[12] Ist der Verkäufer Schuld daran, daß der Käufer sich nicht rechtzeitig erklären kann, so schadet das natürlich dem Letzteren nicht. L. 4 pr. D. de peric. 18. 6.

[13] Dieß muß als die Willensmeinung der Parteien angesehen werden. Die herrschende Meinung gestattet bei der auflösenden Bedingung eine Frist von 60 Tagen auf Grund von l. 31 §. 22 D. de aed. ed. 21. 1; s. darüber Note 7 und §. 323 Note 14. In Betreff der aufschiebenden Bedingung gehen die Meinungen auseinander; s. Cropp S. 198. 199, Goldschmidt S. 125—127, Thöl Note 18. 19. Ueber l. 4 §. 1 D. de peric. 18. 6 s. Goldschmidt S. 95—98. — HGB. Art. 339 Satz 3. „In Ermangelung einer verabredeten oder ortsgebräuchlichen Frist kann der Verkäufer nach Ablauf einer den Umständen angemessenen Zeit den Käufer zur Erklärung auffordern; er hört auf, gebunden zu sein, wenn der Käufer sich auf die Aufforderung nicht sofort erklärt".

[14] Liegt eine stillschweigende Billigung auch in dem Verstreichenlassen der festgesetzten, oder durch Auffordern des Käufers bestimmten Frist bei übergebener Sache? S. Goldschmidt S. 454 Note 10, Fitting V S. 113 Note 38. Die Frage ist bejaht im HGB. Art. 339 Satz 4.

[15] Cropp in Heise und Cropp Juristische Abhandlungen I Nr. 13 (1827),

Es kann auch beim Kaufe eine auf das nackte Wollen gestellte Bedingung mit einer anderen Bedingung verbunden werden. Hierher gehört, wenn dem Verkäufer der Rücktritt für den Fall besseren Gebotes oder für den Fall nicht rechtzeitiger Entrichtung des Kaufgeldes vorbehalten wird[16]. Vgl. darüber die allgemeine Darstellung in §. 323.

§. 388.

Ob Jemand einen Kaufvertrag abschließen will, oder nicht, hängt regelmäßig von seinem freien Willen ab[1]; ausnahmsweise kann eine Nöthigung zum Abschluß eines Kaufvertrages begründet sein, entweder durch Gesetz[2], oder durch richterliche Verfügung, oder durch Rechtsgeschäft. Im Besonderen gehört hierher:

1) der Vertrag auf Wiederverkauf[3] oder auf Wiederkauf[4].

Hesse Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III. 4 (1847); Thöl Handelsr. I §. 72. HGB. Art. 340. — Verkauf zur Probe: das. Art. 341. Thöl §. 72 a. E.

[16] In diem addictio und lex commissoria. Möglicherweise kann die in diem addictio auch so gemeint sein, daß für den Fall besseren Gebotes der Käufer solle zurücktreten dürfen, l. 9 D. de in diem add. 18. 2. Was in dieser Beziehung die lex commissoria angeht, so ist nicht anzunehmen, daß es in der Absicht der Parteien gelegen haben könne, dem Käufer für seine vertragswidrige Säumniß einen Vortheil zuzuwenden. L. 2. 3 D. de leg. commiss. 18. 3.

§. 388. [1] L. 11. 13 C. h. t. 4. 38.

[2] Außer den unten zu nennenden Fällen des gesetzlichen Vorkaufsrechtes gehören hierher l. 12 pr. D. de relig. 11. 7 und l. 14 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6 (I §. 169 Note 4); ferner l. 2 l. 5 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5 (I §. 248 Note 27), und die antiquirten Bestimmungen der l. 2 D. de his qui sui 1. 6, l. 1 C. de comm. serv. 7. 7, l. 2 (vgl. l. 3. 4) C. pro quib. caus. serv. 7. 13; l. 9 C. de oper. publ. 8. 12 (= l. 30 C. Th. de oper. publ. 15. 1, vgl. l. 50. 53 eod.), l. 1. 2 C. ut nemini liceat 10. 27, Nov. 7 c. 2 §. 1. — Heutige Expropriation: Häberlin Arch. f. civ. Pr. XXXIX. 1. 8 (1856), W. Koch Deutschlands Eisenbahnen I S. 32 fg. (1858), A. Thiel das Expropriationsrecht und das Expropriationsverfahren nach dem neuesten Standpunkt der Wissenschaft und der Praxis (1866); hauptsächlich: G. Meyer das Recht der Expropriation (1868). Von dem durch die Expropriation begründeten civilrechtlichen Verhältnisse handelt der letztere Schriftsteller in §. 9. Seuff. Arch. XIV. 226.

[3] S. g. pactum de retrovendendo. L. 12 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 2 C. de pact. inter emt. 4. 54.

[4] S. g. pactum de retroemendo. — Ueber beide Verträge s. Sintenis II S. 637—639.

Ist über den Preis, zu welchem der Kaufvertrag abgeschlossen werden soll, im Vertrage nichts bestimmt, so ist im Zweifel der Kaufpreis des früheren Kaufes als gewollt anzunehmen[5]; ist über die Zeit, binnen welcher das Recht auf Wiederverkauf oder auf Wiederkauf geltend gemacht werden soll, nichts bestimmt, so gilt die gewöhnliche Zeit der Anspruchsverjährung[6]. Beide Verträge wirken nur obligatorisch, und sind daher wohl zu unterscheiden von der Vereinbarung, daß der Kauf durch Rückgabe der Kaufsache oder des Kaufpreises solle rückgängig gemacht werden können[7].

2. Das Vorkaufsrecht[8]. Jemand muß, wenn er verkaufen will, einer bestimmten Person die Vorhand lassen, vorausgesetzt daß dieselbe gleiche Bedingungen bietet, wie der dritte Kauflustige geboten hat[9]. Auch das Vorkaufsrecht wirkt nur obligatorisch[10], und ist daher nicht zu verwechseln mit dem dinglich wirkenden deutschen Näher- oder Retractrecht[11]. Das Vorkaufsrecht kann nicht bloß vertragsmäßig begründet werden[12]; es gibt auch gesetzliche Vorkaufsrechte[13]. —

Der Kaufvertrag ist nicht immer erlaubt. Personen, die fremdes Vermögen kraft Amtes verkaufen oder verwalten, ist es verboten, an sich selbst zu verkaufen[14]. Ein gleiches Verbot gilt für den Pfandgläubiger[15].

---

[5] Streitig. Andere nehmen den Taxwerth an.

[6] S. I §. 107 Note 5 und 9, Sintenis S. 639 Anm. 233.

[7] L. 7 C. de pact. int. emt. 4. 54.

[8] Sintenis S. 639. 640.

[9] L. 3 C. de iure emph. 4. 66.

[10] Seuff. Arch. VII. 37.

[11] Gerber deutsch. Privatr. §. 175—177, Beseler deutsch. Privatr. §. 124. 125.

[12] Durch Rechtsgeschäft kann auch bestimmt werden, daß der Eigenthümer Niemandem, als einer bestimmten Person, überhaupt solle verkaufen dürfen. L. 75 D. h. t. 18. 1, l. 21 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 122 §. 3 D. de V. O. 45. 1.

[13] Vor Allem das Vorkaufsrecht des Eigenthümers der Emphyteuse, l. 3 C. de iure emph. 4. 66. S. ferner l. 16 D. de reb. auct. iud. 42. 5 und l. 60 D. de pact. 2. 14, l. 1 C. de metallar. 11. 6, und vgl. l. 14 C. h. t. 4. 38.

[14] L. 34 §. 7 D. h. t. 18. 1, l. 5 §. 2—4 D. de auct. 26. 8, l. 46

c. Verpflichtungen.

α. Ueberhaupt.

§. 389.

Die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage stehen unter freiem richterlichen Ermessen, dessen Grundlage auch hier neben den Verabredungen der Parteien die allgemeine und besondere Intention des Geschäfts bildet[1]. Die Hauptpunkte sind folgende[1a].

1. Der Verkäufer ist vor Allem verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Käufer die Kaufsache wirklich habe[2]. Den näheren Inhalt

---

D. h. t. Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 188. Seuff. Arch. XVIII. 222.

[15] L. 10 C. de distr. pign. 8. 28. — Das römische Recht verbot außerdem Provinzialbeamten, während ihrer Amtsführung in ihrer Provinz etwas Anderes zu kaufen, als Sachen des täglichen Bedürfnisses (l. 62 pr. D. h. t. 18. 1, l. 6 §. ult. D. de off. procons. 1. 16, l. un. §. 2. 3 C. de contr. iud. 1. 53). Ferner sollten Soldaten in der Provinz, in welcher sie dienten, keine Grundstücke kaufen (l. 9 pr. D. de re militari 49. 16). Diese Sätze des römischen Verwaltungsrechts sind heutzutage unanwendbar. — L. 3 D. de extr. cogn. 50 13 enthält kein Verbot des Kaufes zwischen Aerzten und Patienten, sondern erklärt den Kauf für ungültig, zu welchem der Arzt den Patienten durch Mißbrauch seiner ärztlichen Gewalt bestimmt habe (vgl. §. 404 Note 9).

§. 389. [1] Die actiones aus dem Kaufe sind actiones bonae fidei, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 11 §. 1 D. h. t. (de actionibus emti et venditi) 19. 1. L. 11 §. 1 cit. „Et imprimis sciendum est, in hoc iudicium id demum deduci, quod praestari convenit; cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate".

[1a] S. außerdem noch z. B. l. 29. 30 D. de contr. emt. 18. 1, l. 2 C. de A. E. V. 4. 49, und darüber Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 287 fg. XLVIII S. 308 fg., und die an letzterem Ort citirte Dissertation von Thilo.

[2] Es ist schon öfter bemerkt worden (I §. 177 Note 1, II §. 321 Note 18. 19. §. 330 Note 6, besonders §. 365 Note 18), daß die Verkaufserklärung nicht gedacht werden darf als in erster Linie auf die Erzeugung einer Verbindlichkeit gerichtet. Ihr nächster Inhalt ist eben der, daß der Käufer die Sache haben solle, und eine Verbindlichkeit ergibt sich aus derselben nur dadurch, daß der wirkliche Zustand ihr nicht entspricht. Entspricht ihr der wirkliche Zustand sofort, so ist der Verkäufer zu nichts, oder nur noch zu Neben-

dieser Verpflichtung aber bestimmt das römische Recht nicht dahin, daß der Verkäufer dem Käufer das rechtliche Haben, sondern dahin, daß er ihm das factische Haben[3] der Kaufsache zu gewähren habe[3a]. Im Besonderen bei verkauften körperlichen Sachen geht also die Verpflichtung des Verkäufers zunächst nur auf Uebergabe des Besitzes. Durch dieselbe wird nun zwar, wenn der Verkäufer selbst Eigenthümer ist, und dem Eigenthumsübergange sonst kein Hinderniß im Wege steht, der Käufer zum Eigenthümer gemacht[4]. Ist dieß aber auch nicht der Fall, so hat der Verkäufer dennoch zunächst seiner Verbindlichkeit genügt, und haftet dem Käufer erst dann, wenn demselben in Folge davon, daß ihm kein Recht oder nicht das volle Recht an der Sache verschafft worden ist, das fernere factische Haben der Sache unmöglich gemacht, wenn ihm die Sache entwehrt wird[5]. Von der Entwehrung wird ausführlicher unten (§. 391) gehandelt werden. Nur ausnahmsweise ist eine Entschädigungspflicht des Verkäufers auch ohne Entwehrung begründet, nämlich: a) wenn der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache als eigene verkauft hat[6]; b) wenn der Käufer hin-

---

leistungen verpflichtet. So z. B. bei dem Verkaufe einer Dienstbarkeit (I §. 212 Note 1) oder einer Forderung (II §. 330 Note 6), wenn der Verkäufer berechtigt und übertragungsfähig ist. Für diese Auffassung des Inhalts der Verkaufserklärung spricht auch die Unbefangenheit, mit welcher unsere Quellen, gerade wie das noch heutzutage im Leben geschieht, die Begriffe venditio und alienatio identificiren, s. z. B. l. 55 D. de contr. emt. 18. 1, l. 29 §. 1 D. de statulib. 40. 7, vgl. l. 55 D. de O. et A. 44. 7, l. 109 D. de V. S. 50. 16. Vgl. auch Voigt condictiones ob causam S. 426—429.

[3] L. 188 pr. D. de V. S. 50. 16. „Habere duobus modis dicitur, altero, iure dominii, altero, obtinere sine interpellatione id quod quis emerit“.

[3a] Die heutige Geltung dieses Satzes ist nicht unbezweifelt geblieben, mit Unrecht. Vgl. Keller §. 330, Ziebarth Realexecution S. 194.

[4] Vorausgesetzt, daß der Kaufpreis gezahlt oder creditirt ist. S. I §. 172. Note 19. — Genügt Eigenthumsverschaffung ohne Besitzesverschaffung? Verneint bei Seuff. Arch. VIII. 37, XIX. 147; vgl. VI. 187.

[5] L. 11 §. 2 D. h. t. „Et imprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, i. e. tradere. Quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum; si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat . .“. L. 25 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 30 §. 1 D. h. t. 19. 1, l. 1 pr. D. de rer. perm. 19. 4, l. 3 C. de evict. 8. 45. Vgl. l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 80 §. 3 D. de contr. emt. 18. 1.

[6] L. 30 §. 1 D. h. t. 19. 1. Seuff. Arch. I. 200.

terher das Eigenthum der Kaufsache anderweitig erwirbt, so daß Entwehrung nicht mehr möglich ist[7]. Außerdem ist der Käufer, welcher das Kaufgeld noch nicht gezahlt hat, zur Rückbehaltung desselben befugt, wenn Entwehrung nur droht[8]. — Ist die Verschaffung der Kaufsache dem Verkäufer unmöglich, so entscheiden die allgemeinen Grundsätze, so daß also bei ursprünglicher Unmöglichkeit zwischen objectiver und subjectiver[9], bei nachfolgender zwischen verschuldeter und unverschuldeter Unmöglichkeit unterschieden werden muß (§. 264. 315). Schuld ist für den Verkäufer jede Nachlässigkeit[10]. Ist die Unmöglichkeit ohne Schuld des Verkäufers eingetreten, so ist er nicht nur selbst frei von eigener Leistung[11], sondern bekommt auch, trotzdem daß er selbst nichts leistet, das Kaufgeld. Man sagt: der Käufer trage die Gefahr der Sache[12]. Auch hiervon muß näher gehandelt werden (§. 390). — Die Sache muß dem Käufer so verschafft werden, wie sie nach der Zusicherung des Verkäufers sein soll[13]. Was ist aber Rech-

[7] L. 13 §. 15 D. h. t. 19. 1, l. 9 l. 41 §. 1 de evict. 21. 2. Vgl. l. 24 eod.

[8] L. 18 §. 1 D. de peric. 18. 6, l. 24 C. de evict. 8. 45. Seuff. Arch. I. 49. 50, VII. 164, IX. 142, XI. 34, XIII. 15. 88. 137, XIV. 128, XVIII. 228 vgl. 229. Bekker Jahrb. f. Dogm. VI S. 323 fg 332 fg. Dieser Schriftsteller bestreitet, daß eine jede drohende Entwehrung zur Rückbehaltung des Kaufpreises berechtige; nur Beginn des Processes gebe diese Befugniß. Dawider l. 29 cit.: — „denuntiatum ab aliquo“.

[9] Im Einzelnen s. l. 15 pr. l. 34 §. 1 l. 57 pr. §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 28 eod. Mommsen Unmöglichkeit §. 2. 3. 14.

[10] L. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 5 §. 2 D. comm. 13. 6, l. 35 §. 4 D. de contr. emt. 18. 1, l. 3 D. de peric. 18. 6.

[11] Er muß aber gemäß der Regel leisten, was er in Folge der eingetretenen Unmöglichkeit statt der Kaufsache in Händen hat. Dahin gehört auch die Versicherungssumme. S. §. 264 Note 6. Was er in Folge einer Thatsache, die ihn nicht befreit, statt der Kaufsache in Händen hat, behält er, auch wenn später eine ihn befreiende Unmöglichkeit eintritt, so das durch abermaligen Verkauf der Sache erzielte Kaufgeld, wenn die Sache später ohne seine Schuld untergeht, l. 21 D. de her. vel act. vend. 18. 4. Dieß gemäß der Regel des §. 327 Note 12.

[12] S. über diesen Ausdruck die §. 321 Note 19 z. A. angeführten Schriftsteller.

[13] L. 6 §. 4 l. 13 §. 3. 4 D. h. t. 19. 1, l. 15 D. de peric. 18. 6. Zusicherung in Betreff des Maßes eines verkauften Grundstücks: l. 2 l. 4 §. 1 l. 13 §. 14 l. 22 l. 42 D. h. t. 19. 1, l. 69 §. 6 D. de evict. 21. 2, l.

tens, wenn sie die zugesagten Eigenschaften nicht hat, was ferner, wenn sie mangelhaft ist, ohne daß die Abwesenheit von Mängeln ausdrücklich versprochen worden ist? Auch diese Fragen sollen besonders beantwortet werden (§. 393. 394). — Mit der Kaufsache muß der Verkäufer alle Zubehörungen derselben[14], so wie Alles, was dieselbe nach Vollendung des Kaufvertrages an Ertrag oder sonstigem Gewinn gebracht hat[15], herausgeben. — Ueber Ort und Zeit der Uebergabe entscheiden die allgemeinen Grundsätze[16].

---

45 D. eod., l. 10 C. eod. 8. 45. Zusicherung in Betreff von Accessionen: l. 33 pr. D. de aed. ed. 21. 1, l. 5 D. de evict. 21. 2; speciell von Servituten des verkauften Grundstücks: l. 6 §. 6 D. h. t. 19. 1, l. 75 D. de evict. 21. 2. Zusicherung der Freiheit von Servituten: l. 75 cit. (l. 90. 169 D. de V. S. 50. 16), l. 59. 66 pr. D. de contr. emt. 18. 1.

[14] S. I §. 143. Um so mehr, was Bestandtheil der Kaufsache ist, wie z. B. die noch nicht getrennten Früchte, l. 13 §. 10 D. h. t. 19. 1.

[15] L. 3 §. 1 l. 13 §. 13. 18 D. h. t. 19. 1 (zu §. 18 cit. vgl. l. 38 §. 5 l. 39 D. de her. inst. 28. 5), l. 13. 16 C. h. t. 4. 49, l. 4 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 7 pr. D. de peric. 18. 6. Natürlich kann etwas Anderes ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht werden, l. 13 §. 18 D. h. t. Ueber l. 13 §. 11 D. h. t. s. Ihering Abhandlungen S. 64 fg., Mommsen Erörterungen I S. 61. 124 fg. Der Verkäufer haftet auch wegen des durch seine Schuld versäumten Gewinnes, l. 21 D. de her. vel. act. vend. 18. 4 (vv. *quemadmodum fundi venditor*). Das Gesagte bezieht sich gemäß der Regel (§. 327 Note 7) nur auf den Gewinn, welchen wirklich die Sache selbst gebracht, nicht auf denjenigen, zu welchem sie nur Veranlassung gegeben hat.

[16] Demnach kommt es, was den Ort der Leistung angeht (§. 282): a) in erster Linie auf die Natur der Sache (bei unbeweglichen Sachen) und die ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien an. b) Individuell bestimmte Sachen sind da zu übergeben, wo sie sich ohne Unredlichkeit des Verkäufers befinden, jedoch auf Verlangen des Käufers auf seine Gefahr und Kosten an den bei c genannten Ort zu schaffen. c) Generisch bestimmte Sachen können an jedem Orte verlangt werden, wo ein Gerichtsstand des Verkäufers begründet ist. Jedenfalls also sind sie beim Verkäufer abzunehmen; der Käufer hat sie zu holen, nicht der Verkäufer sie zu bringen. Beauftragt der Käufer den Verkäufer, ihm das Gekaufte zu schicken, d. h. dasselbe, statt ihm, einer vom Käufer bezeichneten oder vom Verkäufer auszuwählenden Mittelsperson zu übergeben, so ist mit der Uebergabe an diese Mittelsperson die Leistung des Verkäufers vollständig beschafft. Verpflichtet zum Schicken ist der Verkäufer ohne besonderen, ausdrücklichen oder stillschweigenden, Vertrag nicht. Vgl. über das Gesagte Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 421 fg.,

2. Der Käufer ist verpflichtet, das Kaufgeld zu zahlen, und zwar näher: an demselben dem Verkäufer Eigenthum zu verschaffen[17]. Von der Zeit der Uebergabe der Kaufsache an muß er, wenn nichts Anderes ausgemacht ist, das Kaufgeld verzinsen[18]. Verwendungen, welche der Verkäufer nach Abschluß des Kaufvertrages gemacht hat, muß der Käufer ersetzen, wenn sie nothwendig oder in seinem Interesse waren[19].

β. Insbesondere:

aa. Der Käufer trägt die Gefahr.

§. 390.

Der Käufer trägt die Gefahr; das will sagen: wenn dem Verkäufer ohne seine Schuld die Leistung der Kaufsache unmöglich geworden ist, so muß der Käufer dennoch das Kaufgeld zahlen[1]; wenn die Kaufsache ohne Schuld des Verkäufers schlechter geworden ist, so muß der Käufer dennoch das volle Kaufgeld zah-

---

Reatz Erfüllungsort S. 94 fg. (dieser a. M. in Betreff der Verpflichtung zum Schicken, vgl. §. 282 Note 5). Seuff. Arch. II. 168. — HGB. Art. 342 (§. 282 Note 4 a. E.). Art. 344. „Soll die Waare dem Käufer von einem andern Ort übersendet werden, und hat der Käufer über die Art der Uebersendung nichts bestimmt, so gilt der Verkäufer für beauftragt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Bestimmung statt des Käufers zu treffen, insbesondere auch die Person zu bestimmen, durch welche der Transport der Waare ausgeführt oder besorgt werden soll".

[17] L. 13 §. 20 l. 11 §. 2 D. h. t. 19. 1, l. 1 pr. D. de rer. perm. 19. 4. Jedoch gilt auch hier die Regel des §. 342 Note 7 und 8. Vgl. Unterholzner S. 294.

[18] L. 13 §. 20. 21 D. h. t. 19. 1, l. 5 C. h. t. 4. 49, l. 18 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 2 C. eod. 4. 32. Seuff. Arch. II. 283, IV. 117, VI. 182, VII. 305, XI. 21. 118. 263 (148), XIII. 10. 213. Vgl. auch Seuffert §. 323 Note 5, Holzschuher III S. 59—61.

[19] L. 13 §. 22 l. 38 §. 1 D. h. t. 19. 1, l. 13. 16 C. h. t. 4. 49. Verwendungen durch Dritte? Seuff. Arch. XVIII. 133.

§. 390. * Dig. 18. 6 Cod. 4. 48 de periculo et commodo rei venditae. — Thöl Handelsr. I §. 72a—76, Unterholzner II S. 250—256, Vangerow III §. 635. S. außerdem die bei §. 321 Note 13 citirte Literatur in Betreff der Tragung der Gefahr bei Obligationen überhaupt und gegenseitigen Obligationen insbesondere; ferner Ihering Jahrb. f. Dogm. III. 7 und die Citate in Note 8.

[1] S. die Citate in §. 321 Note 19 z. A.

len[2]. Der Grund dieses Satzes ist, daß nach Vollendung des Kaufvertrages die Kaufsache auch ohne Tradition, was das Verhältniß zwischen den Parteien angeht, als aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden, und in das Vermögen des Käufers übergegangen angesehen wird[3]. — Damit die Gefahr den Käufer wirklich treffe, ist nothwendig.

1. Vollendung des Kaufvertrages[4]. Zur Vollendung des Kaufvertrages in dem hierher gehörigen Sinn ist erforderlich[5] außer dem Consense der Parteien über die wesentlichen Punkte des Kaufes:

a. daß die Kaufsache entweder individuell bestimmt sei[6], oder wenn eine generisch bestimmte Sache oder eine Quantität solcher Sachen verkauft worden ist[7], daß der Kauf sich auf ein bestimm-

---

[2] §. 3 I. de emt. 3. 23, l. 1 pr. init. l. 4 §. 1 l. 7 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t. S. g. periculum deteriorationis.

[3] S. darüber und über die verschiedenen, sehr auseinandergehenden Meinungen §. 321 Note 18. 19. Vgl. noch l. 13 §. 17 D. de A. E. V. 19. 1: — „aequum est enim, eandem esse condicionem emtoris, quae futura esset, si *cum ipso* actum esset communi dividundo". — Hier ist noch zu berichten über den Aufsatz von Goose Jahrb. f. Dogm. IX. 2 (1868), welcher oben (a. a. O.) nur noch bei der Correctur benützt werden konnte. Goose ist zu derjenigen Fassung des im Text bezeichneten Gedankens zurückgekehrt, welche auch ich früher in den Heid. krit. Jahrb. S. 136—137 aufgestellt, aber dann als ungenau verworfen habe. Er sagt: nach dem Abschluß des Kaufvertrages ist die Kaufsache in das Vermögen des Käufers übergegangen; sie wird nicht bloß so angesehen. Dieß ist aber nur insofern richtig, als man zum Vermögen eines Menschen auch dasjenige rechnet, was er zu fordern hat, und den Begriff des Vermögens so aufgefaßt, gelangt Goose zu dem gewiß unrichtigen Satze, daß der Gläubiger im zweiseitigen Vertrage auch dann die Gefahr trage, wenn er nicht aus einer Entäußerungserklärung Gläubiger geworden ist. Uebrigens nimmt Goose seinen Satz selbst wieder zurück, indem er hinzufügt: was das Verhältniß zwischen den Parteien angeht.

[4] L. 8 pr. D. h. t. „Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cuius periculum sit. Nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet . . .".

[5] §. 3 I. de emt. 3. 23, l. 8 pr. D. h. t. L. 8 pr. cit. (Note 4) — „Et si id quod venierit appareat *quid quale quantum* sit, et *pretium*, et *pure* venit, perfecta est emtio".

[6] Dieß ist auch möglich bei ihrer Natur nach vertretbaren Sachen; es wird z. B. dieses Faß Wein, diese Schiffsladung Weizen gekauft. L. 35 §. 5 D. de contr. emt. 18. 1, l. 2 C. h. t., l. 1 §. 1 D. h. t.

[7] Man denke nicht bloß an vertretbare Sachen, s. §. 255 Note 17.

tes Sachindividuum oder bestimmte Sachindividuen durch wirkliche Leistung oder Uebereinkunft der Parteien concentrirt habe[8]. Bis diese Concentration eingetreten ist, trägt der Käufer nicht nur nicht die Gefahr des Unterganges, sondern auch nicht die Gefahr der Verschlechterung[9].

---

[8] Vgl. §. 255 Nr. 2. Die Quellen sprechen nur von dem Fall der wirklichen Leistung; der Fall des Vertrages versteht sich von selbst. L. 35 §. 7 D. de contr. emt. 18. 1, l. 1 §. 1 l. 5 D. l. 2 C. h. t. (in den drei ersten Stellen ist von admetiri, in der letzten von tradere die Rede). — Daß auch einseitige Ausscheidung durch den Verkäufer die Gefahr auf den Käufer übergehen mache, hat Heyer (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XV S. 23 fg.) auszuführen gesucht. Thöl (Handelsr. I §. 74), dessen Meinung jetzt die herrschende ist, erklärt zwar einseitige Ausscheidung an sich für ungenügend, hält aber für genügend eine Anzeige des Käufers an den Verkäufer, durch welche der Käufer in den Stand gesetzt werde, seine Gedanken auf die ausgeschiedene species zu richten; denn der Käufer dürfe auch die einseitig ausgeschiedene species, wenn sie nur contractsmäßig und ohne Fehler sei, nicht zurückweisen. Gegen Thöl haben sich erklärt Ihering und Bekker, jener Jahrb. f. Dogm. IV. 5 (1861), dieser Jahrb. d. gem. R. V S. 374 fg. (1862). Ihering verlangt für den Uebergang der Gefahr auf den Käufer, daß demselben wirklich geliefert worden sei, und nennt demnach seine Theorie der „Ausscheidungstheorie" gegenüber „Lieferungstheorie". Im Gegensatz zu dieser „Lieferungstheorie" bezeichnet Bekker die seinige als „Individualisirungstheorie". Die Punkte, welche er im Einzelnen gegen Ihering geltend macht, sind folgende: a) es könne die „Specialisirung" des Kaufgegenstandes auch durch Vertrag der Parteien erfolgen, vorhergehenden (z. B. ein Dritter soll aussuchen), oder nachfolgenden. Ihering wird nicht gemeint sein, dieß zu bestreiten. b) Ihering hält die Lieferung in dem Fall, wo der Kauf auf Schicken gestellt sei, wie ich, für vollendet mit dem Abschicken (§. 389 Note 16); Bekker hält sie für vollendet erst mit der Annahme, ist aber geneigt, dennoch den Moment des Abschickens für entscheidend zu halten, auf Grund nämlich der Annahme eines stillschweigenden darauf gerichteten Vertrags der Parteien. Wie Ihering, Goose (Note 3) S. 210 fg. Dagegen ist Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLIX. 8 (1866) wieder zur Ausscheidungstheorie zurückgekehrt; nur verlangt er außer der Ausscheidung Absendung der Anzeige an den Käufer (nicht, wie Thöl, Wissenschaft des Käufers von der Ausscheidung). Vgl. §. 255 Note 9 g. E. — Mit dem Abschicken läßt auch das HGB. Art. 345 die Gefahr übergehen. Ebenso Seuff. Arch. II. 168. — Dadurch, daß aus dem Genus, aus welchem die Kaufsache zu entnehmen ist, so viel untergeht, daß nur noch das zu Leistende vorhanden ist, geht die Gefahr auf den Käufer nicht über (§. 255 Note 21).

[9] Untergang und Verschlechterung sind vor der Concentration nur dann möglich, wenn wenigstens der Kreis der Sachen, aus welchem das zu Leistende

b) Unvollendet ist ferner der unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossene Kaufvertrag bis zum Eintritt der Bedingung. Ist jedoch zur Zeit des Eintrittes der Bedingung die Kaufsache noch vorhanden und nur verschlechtert, so muß der Käufer sie nehmen, wie sie ist, so daß er also auch vor Eintritt der Bedingung die Gefahr der Verschlechterung allerdings trägt[10].

c) Als bedingter Kauf ist auch der Kauf einer individuell bestimmten Quantität von Sachen anzusehen, wenn der Kaufpreis nicht in Bausch und Bogen[11], sondern auf So und So viel für eine bezeichnete Einheit bestimmt ist; die Bedingung des Kaufes ist hier die Feststellung des Kaufpreises durch Messen, Zählen,

---

zu entnehmen ist, individuell, nicht aber, wenn auch er nur generisch bestimmt ist, also wohl, wenn ein Ohm Wein aus diesem Stückfaß, nicht aber, wenn ein Ohm Wein von dieser Qualität verkauft worden ist. Daß nun der Verkäufer vor der Concentration auch die Gefahr der Verschlechterung trage, sagt ausdrücklich l. 2 C. h. t. Nichtsdestoweniger hat man es bestritten (so z. B. Mommsen Beiträge I S. 342), auf Grund des für den bedingten Kauf Geltenden (Note 10). Aber der Kauf, von welchem hier die Rede ist, unterscheidet sich wesentlich von dem bedingten Kauf; der bedingte Kauf hat deßwegen, weil er bedingt ist, nicht weniger einen individuell bestimmten Gegenstand, und dieser Gegenstand ist es eben, welcher hier fehlt. S. Vangerow III S. 451, Arndts §. 302 Anm. 3, Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 80. III S. 303, Bekker Jahrb. d. gem. R. V S. 369. 398; vgl. auch Thöl §. 73 Note 7.

[10] L. 8 pr. l. 10 pr. D. h. t., l. 10 §. 5 D. de I. D. 23. 3. — Wie ist es bei der auflösenden Bedingung? Dieselbe hemmt die Vollendung des Kaufvertrages nicht, und daher trägt der Käufer die Gefahr sofort. Wie aber wenn die Bedingung eintritt, muß dann nicht auch in dieser Beziehung derjenige Zustand wieder hergestellt werden, welcher vorhanden gewesen sein würde, wenn der Kauf nie abgeschlossen worden wäre (I §. 91), so daß also der Käufer sein Kaufgeld jetzt zurückerhält bez. nicht zu leisten braucht? Die Meinungen gehen auseinander, vgl. §. 387 Note 10. Ich glaube nicht, daß man nach l. 3 D. de lege comm. 18. 3 (vgl. auch l. 3 D. de in diem add. 18. 2) die bejahende Antwort wird ablehnen können. Die l. 2 cit. sagt: es ist als Sinn der lex commissoria nicht anzunehmen, daß auch der Käufer sich auf dieselbe solle berufen dürfen; denn dürfte er es, so stünde es in seiner Gewalt, nach Untergang der Kaufsache sich durch Auflösung des Vertrages das Kaufgeld zu retten.

[11] Die Quellen sprechen in diesem Falle von einem Kaufe aversione, in aversione, per aversionem, universaliter uno pretio. L. 4 §. 1. 2 D. h. t., l. 62 §. 2 D. de contr. emt. 18. 1, 35 §. 5. 6 eod. Vgl. Gruchot vom Kauf in Bausch und Bogen, Zeitschr. f. Handelsr. III S. 479 fg.

Wägen[12]. Auch hier also trägt der Käufer bis zur Feststellung des Kaufpreises zwar nicht die Gefahr des Unterganges[13], wohl aber die der Verschlechterung[14].

d) Ueber den Fall, wo mehrere Gegenstände alternativ verkauft worden sind, s. §. 255 von Note 6 an.

2. Daß die verkaufte Sache nicht im Eigenthum des Verkäufers steht, macht keinen Unterschied[15]; nur dann trägt der

---

[12] In diesem Falle ist der Kaufpreis nicht bloß ein nicht gewußter, wie in den Fällen der l. 7 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1 („quanti tu emeris", „quantum pretium in arca habeo"), sondern es ist auch noch durchaus ungewiß, ob er ein wißbarer sein wird; er wird es eben dann nicht sein, wenn der Untergang der betreffenden Quantität die Bestimmung ihrer Maßeinheiten unmöglich macht. Dieser Kauf steht daher ganz gleich dem Kauf, bei welchem der Kaufpreis durch einen Dritten bestimmt werden soll (§. 386 Note 5), und ist also in der That ein bedingter, wie dieß auch l. 35 §. 5 D. de contr. emt. 18. 1 ausdrücklich anerkennt.

[13] L. 35 §. 5. 6 D. de contr. emt. 18. 1.

[14] Uebereinstimmend Mommsen Beiträge I S. 339, Thöl §. 75; a. M. Vangerow III S. 451, Arndts §. 302 Anm. 2, Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 80, Bekker Jahrb. d. gem. R. V S. 368. 391 fg. 398.

[15] Die Verkaufserklärung lautet deßwegen, weil sie auf eine fremde Sache gerichtet ist, nicht weniger: du sollst haben; sie lautet nicht: ich verpflichte mich, dir durch eine künftige Willenserklärung zu verschaffen. Zu unterscheiden daher die Fälle: a) es wird verkauft unter der Bedingung des künftigen Erwerbes; b) der Sinn des Geschäfts ist: ich verpflichte mich, zu erwerben und dir dann zu geben; das ist nicht Kauf sondern pactum de vendendo. — A. M. Ihering Jahrb. f. Dogm. III. 7 und Goose das. IX S. 207, bestimmt durch ihre Ansichten über den Grund der von dem Käufer getragenen Gefahr. Ihering sieht diesen Grund (vgl. §. 321 Note 19) in der den Käufer treffenden oder ihm zugeschriebenen Schuld an dem Aufschub der Erfüllung des Kaufvertrages; der Käufer zahle also nach Untergang der Sache dem Verkäufer das Kaufgeld als Schadensersatz, und brauche daher nichts zu zahlen, wenn denselben kein Schaden getroffen habe; dieß sei aber namentlich dann der Fall, wenn die verkaufte Sache eine dem Verkäufer fremde gewesen sei. Ich kann weder die bezeichnete Grundauffassung Ihering's als richtig anerkennen, noch die daraus für die vorliegende Frage gezogene Consequenz. Ueber das Erste s. §. 321 Note 19 a. E.; was das Zweite angeht: die Schuld des Käufers an der Nichtabnahme der Kaufsache kann doch nur zur Folge haben, daß Alles so gehalten werden müsse, als hätte er abgenommen; hätte er aber abgenommen, so hätte der Verkäufer das Kaufgeld nicht minder bekommen (§. 391 Note 4). Goose läßt den Käufer die Gefahr tragen, weil die Sache sofort mit dem Abschluß des Kaufvertrages in sein Vermögen übergegangen sei; also trage er die Gefahr nicht, wo diesem Ueber-

Käufer die Gefahr nicht, wenn dem Verkäufer Arglist zur Last fällt[16].

3. Verkauft der Verkäufer die verkaufte Sache abermals einem Andern, so trägt die Gefahr der zweite Käufer, nicht der

---

gange ein Hinderniß entgegenstehe. Aber es ist eben nicht richtig, daß die Sache in das Vermögen des Käufers übergegangen sei, sie wird nur im Verhältniß der Parteien zu einander als übergegangen angesehen, d. h. die Parteien werden gegen einander rechtlich so behandelt, als wenn sie übergegangen wäre, — und es leuchtet nicht ein, weßwegen, wenn das Recht einmal als wirklich annimmt, was nicht wirklich ist, es sich nicht auch über das im Mangel des Eigenthumsrechtes des Verkäufers liegende Hinderniß sollte hinwegsetzen können. Auf Uebertragung des Eigenthumsrechtes ist ja der Kaufvertrag überhaupt nicht gerichtet, wie es denn keinem Zweifel unterliegt, daß der Untergang der verkauften fremden Sache nach der Tradition den Käufer nicht frei macht (§. 391 Note 4). Ich halte jedoch die hier verhandelte Frage nicht für unzweifelhaft. — Uebrigens beschränkt Ihering den von ihm aufgestellten Satz in einer Weise, daß die praktische Differenz zwischen seiner Ansicht und der hier vertretenen sich sehr verringert. Ihering nimmt nämlich die Fälle aus, wo der Verkäufer an der verkauften fremden Sache bonae fidei possessio oder auf dieselbe ein Forderungsrecht habe; in diesen Fällen also trage der Käufer die Gefahr allerdings. Da nun andererseits auch nach der hier vertretenen Ansicht der Käufer die Gefahr nicht trägt bei dolus des Verkäufers (Note 16), so bleiben als wirkliche Differenzfälle nur solche Fälle übrig, in welchen der Verkäufer einerseits weiß, daß er eine fremde Sache verkauft, andererseits aber so guten Grund hat, auf die Lieferbarkeit der Sache zu rechnen, daß Nichtanzeige der Fremdheit der Sache keine Unredlichkeit ist, oder in denen er die Sache geradezu als fremde verkauft, ohne daß das Geschäft deßwegen unter eine der oben bei a) und b) bezeichneten Kategorien fällt. Vgl. Ihering a. a. O. S. 466. 467. Wenn sich nun Ihering in Betreff derartiger Fälle auf das Verletzende beruft, welches darin liege, daß der Verkäufer aus fremdem Vermögen einen Gewinn machen solle: so theile ich vollkommen seine Ansicht über das Verletzende eines solchen Resultates, glaube aber, daß der richtige Weg, um demselben zu entgehen, nicht der ist, dem Verkäufer den Anspruch auf das Kaufgeld zu versagen, sondern der, ihm die Verpflichtung aufzuerlegen, daß erlangte Kaufgeld dem Eigenthümer herauszugeben. Und diese Verpflichtung ergibt sich zwar nicht, wie Ihering S. 467 mit Recht bemerkt, aus den Grundsätzen über das Commodum, wohl aber aus den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung, s. §. 422 Note 4.

[16] L. 21 pr. D. de evict. 21. 2, l. 30 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1. Nach diesen Stellen wird durch den dolus des wissentlich eine fremde Sache verkaufenden Verkäufers ein Anspruch gegen ihn begründet, welcher nach l. 21 pr. cit. auch durch späteren Untergang der Sache nicht ausgeschlossen werden soll. Zwar nimmt die bezeichnete Stelle Untergang der Sache nach erfolgter

erste; es müßte denn dem ersten tradirt worden sein[17]. Ist der Verkäufer dem zweiten Käufer gegenüber in Arglist, so trägt auch dieser die Gefahr nicht[18].

Tradition an; aber der Sinn des Satzes, daß der Käufer die Gefahr trägt, ist ja eben der, daß die bloße Verkaufserklärung zwischen den Parteien dieselbe Wirkung hervorbringen solle, welche an und für sich nur der Tradition zugeschrieben werden dürfte (l. 5 §. 2 D. de resc. vend. 18. 5: — „perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset", l. 15 D. de I. D. 23. 3: — „perinde pretium aufert, ac si tradidisset").

[17] Mit dem Fall des mehrmaligen Verkaufs beschäftigt sich vorzugsweise der in der vorigen Note genannte Aufsatz von Ihering. Vor allen Dingen ist nun Ihering darin beizustimmen, daß der Verkäufer nicht von beiden Käufern das Kaufgeld fordern dürfe. Daß er es dürfe, sagt nicht l. 21 D. de her. vel act. vend. 18. 4 (Ihering S. 453 fg.), und dawider spricht die den Kaufvertrag beherrschende bona fides, welche es verbietet, daß Jemand für dieselbe Sache zweimal ein Aequivalent erhalte, wie das auch ausdrücklich anerkannt ist in l. 19 §. 9 D. loc. 19. 2. (Ihering's Grund ist, gemäß seiner allgemeinen Auffassung: daß der Verkäufer, nachdem er einmal das Kaufgeld erhalten, keinen Schaden mehr habe). Eine fernere Frage ist es aber, welcher der mehreren Käufer das Kaufgeld zahlen müsse. Ihering gibt dem Verkäufer die Wahl, obgleich er zugesteht, daß dieses Wahlrecht „etwas Mißliches" habe. Die im Text gegebene Entscheidung rechtfertigt sich so. Der Verkäufer kann sich nach dem zweiten Verkauf dem ersten Käufer gegenüber auf den mit ihm abgeschlossenen Kaufvertrag gewiß dann nicht berufen, wenn in dem zweiten Verkauf eine Arglist gegen den ersten Käufer lag. Er kann es aber auch dann nicht, wenn er ohne Arglist zum zweiten Mal verkauft hat, etwa in der berechtigten Erwartung, der erste Käufer werde ihn loslassen, oder in der irrigen Annahme, der erste Kaufvertrag sei nichtig; es wäre gegen die bona fides, wenn er sich auf den Abschluß eines Kaufvertrages berufen wollte, den er selbst als nicht abgeschlossen behandelt hat. Nach dem gleichen Argument kann er sich aber auch dem zweiten Käufer gegenüber auf den mit ihm abgeschlossenen Kaufvertrag nicht mehr berufen, wenn er dem ersten Käufer tradirt hat. — In der ersten Auflage hatte ich umgekehrt dem ersten Käufer die Gefahr auferlegt, nicht gehörig würdigend, daß die Annahme des Uebergangs der Kaufsache in das Vermögen des Käufers nur relative Bedeutung, für das Verhältniß der Parteien unter sich, hat. — Auch Goose Jahrb. f. Dogm. IX S. 208 (vgl. Note 3) entscheidet im Principe gegen den ersten Käufer, während er im Resultate, mit sehr schwachen Gründen, im Wesentlichen die Ansicht Ihering's vertritt.

[18] S. Note 16.

bb. Haftung des Verkäufers wegen Entwehrung*.

§. 391.

Der Verkäufer haftet wegen Entwehrung[1]; das will sagen: er haftet, wenn die Mangelhaftigkeit der rechtlichen Lage, in welche er den Käufer versetzt hat, dahin führt, daß diesem das faktische Haben der Sache entzogen wird[2].[3]

---

* Dig. 21. 2 de evictionibus et duplae stipulatione. Cod. 8. 45 de evictionibus. — K. O. Müller die Lehre des römischen Rechtes von der Eviction, 1. Th. (1851, unvollendet). Fuchs die Lehre von der Litisdenuntiation S. 12—52 (1855. Diese Schrift ist auch abgedruckt im Arch. f. prakt. RW. II. 15 und III. 1). Bekker zur Lehre von der Evictionsleistung, Jahrb. d. gem. R. VI S. 229—336 (1863). Glück XX S. 169—433; Unterholzner I S. 288—302, Sintenis II S. 622—634, Vangerow III §. 610 Anm. 1—5. §. 391.

[1] Der lateinische Ausdruck ist evictio. Derselbe ist bezeichnender, als der deutsche; der deutsche Ausdruck drückt nur aus, daß dem Käufer der Besitz entzogen worden sei, der lateinische auch, daß ihm der Besitz entzogen worden sei durch das (processualisch festgestellte) bessere Recht eines Andern. Den deutschen Ausdruck schreiben die Meisten „Entwährung". Sehr mit Unrecht; s. das Grimm'sche Wörterbuch u. d. W. Entwehrung und Entwährung. Das Wort „entwehren" kommt von demselben Stamm, von welchem „Gewere" kommt (ahd. werian, mhd. wern, in den Besitz setzen); „entwähren" erklärt das genannte Wörterbuch = „irritum facere, nicht leisten, Gegensatz von wären, ratum habere, praestare". „Genug schon ist gesagt, daß man wërn und wern, folglich auch entwërn und entwern von einander halten müsse". „Der juristische Sprachgebrauch verwechselt entwehren (aus den Besitz setzen) und entwähren (nicht leisten) allenthalben".

[2] Der Verkäufer muß dem Käufer nicht bloß das augenblickliche Haben der Sache verschaffen, sondern er muß auch „praestare emtori rem habere licere", vgl. z. B. l. 8 D. h. t., l. 30 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1. Es heißt aber auch evictionem praestare, einstehen dafür, daß Eviction nicht eintrete (z. B. l. 10 D. de A. E. V. 19. 1, l. 1 C. h. t.), so wie es heißt diligentiam praestare und culpam praestare (§. 265 Note 2).

[3] Bei den Römern war es gebräuchlich, daß bei werthvolleren Gegenständen der Verkäufer dem Käufer für den Fall der Entwehrung das Doppelte des Kaufpreises als Ersatz durch eine besondere Stipulation versprach; ja dieses Versprechen war so gewöhnlich, daß man es ohne Weiteres als in der Intention des Kaufvertrages liegend ansah, und daher dem Käufer das Recht zuerkannte, es noch nachträglich zu fordern, wenn es bei dem Kaufvertrage selbst nicht geleistet worden war, l. 37 pr. §. 1 l. 2 D. h. t., l. 11 §. 8 9 D. de A. E. V. 19. 1; vgl. l. 31 §. 20 D. de aed. ed.

1. Dem Käufer muß das faktische Haben der Sache entzogen worden sein wegen Rechtsmangels. Hat er das Haben der Sache verloren aus einem andern Grunde, so haftet der Verkäufer nicht, wenn auch der Rechtsmangel bestand; so z. B. wenn die Sache untergegangen[4], oder dem Käufer durch eine Verfügung der Staatsgewalt[4a] oder von einem Andern mit Gewalt genommen[5], oder von dem Käufer aufgegeben worden ist[6]. Daß Rechtsmangel der Grund des Besitzverlustes ist, steht bis auf Weiteres fest, wenn ein richterliches Urtheil den Rechtsmangel anerkannt, und in Folge davon dem Gegner den Besitz zugesprochen hat[7]; jedoch ist es dem Verkäufer unbenommen, den Gegenbeweis zu führen, daß das richterliche Urtheil ungerecht[8], oder in Folge nachlässiger Proceßführung des Käufers gefällt worden sei[9]. Von der anderen Seite ist es nicht nothwendig, daß der Rechtsmangel gerade durch ein richterliches Urtheil constatirt worden sei; auch wenn der Käufer die Sache freiwillig herausgegeben hat, kann er sich seinen Entschädigungsanspruch durch den Nachweis sichern, daß bei der Unbezweifelbarkeit des Rechts des Dritten der Rechts-

---

21. 1. Die Lehre von der Entwehrung wird in unseren Quellen mit vorzugsweiser Beziehung auf diese duplae stipulatio vorgetragen. Vgl. über diese letztere Müller §. 8—13; auch v. Salpius Novation und Delegation S. 225—231.

[4] L. 21 pr. §. 1 l. 64 §. 2 D. l. 26 C. h. t.; vgl. l. 21 §. 3 D. h. t.

[4a] L. 11 pr. D. h. t. Anders wenn die Verfügung der Staatsgewalt erfolgt eben auf Grund der Mangelhaftigkeit des dem Käufer verschafften Rechts. Bekker S. 279 fg. (zu Seuff. Arch. X. 244). Zu l. 11 pr. cit. vgl. noch Meyer Expropriation (§. 388 Note 2) S. 61.

[5] L. 17 C. de A. E. V. 4. 49. — Wie wenn der Verkäufer selbst dem Käufer die Sache eigenmächtig wieder wegnimmt? Daß auch in diesem Falle die actio emti nicht begründet sei, erkannte das OAG. zu Rostock bei Seuff. Arch. XI. 27.

[6] L. 76 D. h. t. Vgl. l. 25. 26 (Mommsen Beiträge II S. 151 Note 11) l. 51 §. 2 eod.

[7] Auf diesen Fall ist der Ausdruck evictio berechnet. Es macht keinen Unterschied, ob der Käufer den Proceß als Kläger oder Beklagter verloren hat. S. unten bei Nr. 3.

[8] L. 51 pr. D. l. 8 i. f. l. 15 C. h. t., l. 1 C. de rer. perm. 4. 64; Vat. fr. §. 8. 10.

[9] L. 55 pr. l. 63 §. 1. 2 D. l. 8 i. f. C. h. t., l. 29 §. 1 l. 66 pr. D. l. 19 C. h. t. Vgl. Seuff. Arch. I. 51.

streit überflüssig gewesen sein würde[10]. — Zur Sorgfalt der Proceßführung, welche den Entschädigungsanspruch des Käufers bedingt, gehört namentlich auch Anzeige an den Verkäufer, damit dieser den Käufer bei dem Rechtsstreite unterstützen könne[11]; jedoch beraubt Unterlassung dieser Anzeige den Käufer des Entschädigungsanspruches nur dann, wenn der Verkäufer nachweisen kann, daß er in der Lage gewesen sein würde, dem Processe eine andere Wendung zu geben[12].

---

[10] Dieß wird nicht allgemein anerkannt, indem man sich beruft auf l. 56 §. 1 l. 17 C. h. t. S. aber l. 29 pr. D. h. t., l. 11 §. 12 D. de A. E. V. 19. 1, l. 13 §. 15 eod. Bekker a. a. O. S. 288 fg., Fuchs a. a. O. S. 29 fg., Liebe RLex. IV S. 813, Sintenis S. 632 Anm. 17, Keller S. 623; Seuff. Arch. XVI. 37. (Gegen die von einigen der genannten Schriftsteller dabei gemachte Unterscheidung zwischen dem Anspruch aus der duplae stipulatio und der actio emti s. l. 11 §. 12 cit.). Der dem Käufer obliegende Beweis muß aber dem Verkäufer gegenüber geführt werden; es genügt nicht Berufung auf einen im Streite mit dem Dritten gefällten Schiedsspruch, wodurch dem Käufer die Sache aberkannt worden ist, l. 56 §. 1 D. h. t. — Vgl. noch l. 19 §. 3 D. de neg. gest. 3. 5.

[11] Der Käufer muß dem Verkäufer „litem denuntiare". (In gleicher Bedeutung kommt „auctorem laudare" vor, l. 63 §. 1 D. h. t.) L. 53 §. 1 D. l. 8. 20 C. h. t., l. 49 l. 62 §. 1 D. l. 7. 9. 17. 23. 29 C. h. t. Die Form der Anzeige ist gleichgültig; heutzutage geschieht sie gewöhnlich durch Vermittelung des Gerichts der Hauptsache. Wetzell Civilproc. S. 42, Bayer Vorträge S. 146. 148. Die Anzeige muß so zeitig geschehen, daß der Verkäufer die Möglichkeit hat, alle ihm zu Gebote stehenden Rechtsbehelfe zu Gunsten des Käufers zu verwenden. L. 29 §. 1 D. h. t., l. 29 §. 3 D. de leg. III° 32. Wetzell S. 41 Note 28. Unschädlich ist die Unterlassung der Anzeige, wenn der Verkäufer auf dieselbe verzichtet hat, oder sie wegen eines Hindernisses in seiner Person unmöglich ist, l. 63 pr. l. 55 §. 1 l. 56 §. 5. 6 D. h. t., l. 29 C. h. t. — Die bei * citirte Schrift von Fuchs behandelt die Litisdenuntiation hauptsächlich von der processualischen Seite.

[12] Gegen die absolute Nothwendigkeit der Denuntiation spricht außer der l. 53 §. 1 D. h. t. („idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset") namentlich, daß der Käufer ja nicht einmal unbedingt verpflichtet ist, überhaupt Proceß zu führen (Note 10). S. Dernburg (d. ä.) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II S. 24 fg., Fuchs S. 31 fg., Bekker S. 292 fg., und die von diesen Schriftstellern Citirten; Seuff. Arch. XVI. 37. Die herrschende Meinung verlangt aber im Falle unterlassener Anzeige vom Käufer wenigstens den Beweis, daß der Verkäufer den Verlust des Processes nicht würde haben abwenden können. Ich halte auch das nicht für gerechtfertigt. Durch die Unterlassung der Anzeige ist nichts constatirt, als die Nachlässigkeit

2. Der Rechtsmangel muß seinen Grund haben in der mangelhaften Verschaffung des Verkäufers[13]. Deßwegen haftet der Verkäufer nicht, wenn dem Käufer die Kaufsache auf Grund einer nach dem Verkaufe durch einen Dritten vollendeten Ersitzung, oder kraft einer Einrede aus der Person des Käufers entzogen wird[14]. Aber auch wenn der Rechtsmangel seinen Grund in der mangelhaften Verschaffung des Verkäufers wirklich hat, haftet dieser dennoch in dem Falle nicht, wo der Käufer Schuld daran ist, daß der Rechtsmangel nicht gehoben worden ist[15].

3. In Folge des Rechtsmangels muß dem Käufer das faktische Haben der Sache entzogen worden sein[16]. Ob dieß in der Weise geschehen ist, daß ihm der Besitz der Sache genommen, oder in der Weise, daß ihm das Wiedererlangen des Besitzes unmöglich gemacht worden ist, ist gleichgültig[17]. Der Entziehung des Habens der Sache steht es gleich, wenn der Käufer, um das Haben der Sache sich zu erhalten oder wiederzuerlangen, eine Aufopferung hat machen müssen[18]. Darauf, von welcher Art das Recht ist, kraft dessen dem Käufer das Haben der Sache entzogen worden ist, kommt nichts an; dieses Recht kann sein[19]:

---

der Proceßführung von Seiten des Käufers; daß zwischen dieser Nachlässigkeit und dem Verlust des Processes ein Causalnexus bestehe, muß derjenige beweisen, der sich auf diesen Causalnexus beruft, der Verkäufer.

[13] L. 1 C. de peric. 4. 48, l. 11 pr. D. h. t.

[14] L. 27. 28 D. h. t.

[15] L. 56 §. 3 D. h. t. „Si cum possit usucapere emtor non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur; unde si evictus est servus, non tenetur venditor".

[16] L. 21 §. 1 l. 35 D. h. t., l. 57 pr. eod. (der Verkäufer haftet nicht, wenn der Käufer zwar verurtheilt worden ist, aber der Sieger ohne Rechtsnachfolger stirbt, so daß das Urtheil nicht zur Vollstreckung gelangt).

[17] L. 16 §. 1 D. h. t. „Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emtore conventus absolutus est". Vgl. l. 29 §. 1 D. h. t.

[18] L. 16 §. 1 cit.: — „vel damnatus est litis aestimatione". L. 21 §. 2 eod. — „neque enim habere licet eum, cuius si pretium quis non dedisset, ab adversario auferretur. Prope enim hunc ex secunda emtione, i. e. litis aestimatione, emtori habere licet, non ex pristina". L. 29 pr. eod. (Note 10). Müller S. 96 fg.

[19] Vgl. zum folgenden Müller §. 17—21.

Eigenthum[20], Dienstbarkeit[21], Emphyteuse[22], Superficies[22], Pfandrecht[23], ja auch ein persönlicher Anspruch, wie z. B. ein Theilungsanspruch[24], Noxalanspruch[25], Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[26], namentlich auch ein Besitzanspruch[27]. Durchsetzung einer Dienstbarkeit von der Art, daß durch dieselbe dem Käufer das Haben der Sache nicht entzogen wird, begründet für den Käufer einen Anspruch nicht[28]. Auf der anderen Seite

[20] S. z. B. l. 34 §. 2 D. h. t., vgl. l. 102 D. de V. O. 45. 1. Dem Eigenthum steht die bonae fidei possessio, insofern sie durchdringt, gleich.

[21] L. 66 D. de contr. emt. 18. 1, l. 49 l. 61 §. 2 D. h. t.

[22] Diese beiden Rechte werden in den Quellen zufälligerweise nicht genannt.

[23] L. 34 §. 2 l. 35 l. 63 §. 1 D. h. t.

[24] L. 34 §. 1 D. h. t.

[25] L. 11 §. 12 D. de A. E. V. 19. 1; vgl. l. 45 §. 1 D. de leg. I° 30.

[26] L. 39 pr. l. 66 §. 1 D. h. t.

[27] Jedoch war die Klage aus der duplae stipulatio in diesem Falle nicht begründet. L. 11 §. 13 l. 35 D. de A. E. V. 19. 1. L. 38 §. 3 D. de V. D. 45 1 gehört nicht hierher (vgl. l. 66. pr. D. h. t.) Müller §. 21, Bekker S. 266—268.

[28] Weder einen Evictionsanspruch, noch auch einen Anspruch wegen Mangelhaftigkeit der Sache (abgesehen natürlich von dem Fall der Arglist und der ausdrücklichen Zusicherung der Freiheit des Grundstücks, l. 59 D. de contr. emt. 18 1, l. 75 D. h. t. [vgl. dazu l. 90 l. 169 D. de V. S. 50. 16], l. 1 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 69 §. 5 D. h. t.). Doch herrscht über das Letztere ein alter Streit, indem Andere auch ohne Arglist und ohne Zusicherung des Verkäufers die actio quanti minoris für begründet halten (s. namentlich Neustetel in seinen u. Zimmern's röm.-rechtl. Untersuchungen S. 216 fg., Gesterding Ausbeute VI S. 174 fg.), obgleich in der neueren Zeit die im Text vorgetragene Ansicht die herrschende werden zu wollen scheint; s. für dieselbe namentlich Müller S. 196 fg., H. Keller in Sell's Jahrb. III S. 97 fg., Vangerow §. 610 Anm. 3; auch Bekker S. 265. 278. 279 bekennt sich zu ihr. Die Beweise für diese Meinung sind enthalten in l. 59 D. de contr. emt. 18. 1 und l. 75 D. h. t. (zweifelhaft bleibt, ob auch l. 66 pr. D. de contr. emt. hierher gehört), Stellen, denen gegenüber l. 61 D. de aed. ed. 21. 1 und l. 15 §. 1 D. h. t., welche nur von dem Inhalt, nicht von den Voraussetzungen des Anspruchs wegen einer dem Käufer abgestrittenen Servitut handeln (die letztere überdieß erst nach einer, allerdings nahe liegenden, Emendation), nicht in Betracht kommen können. Das römische Recht geht davon aus, daß die Belastung eines Grundstückes mit Dienstbarkeiten etwas so Gewöhnliches sei, daß der Käufer auf dieselbe gefaßt sein, und wenn er wegen derselben einen Entschädigungsanspruch haben wolle, dieserhalb einen besonderen Vorbehalt machen müsse. Auch in Betreff obli-

ist Entwehrung in gleicher Weise vorhanden, mag dem Käufer das Haben der ganzen Sache, oder eines Theils derselben[29], oder auch nur einer Accession entzogen worden sein[30].

4. Wird das Haben der Sache nicht dem Käufer selbst entzogen, sondern demjenigen, an den dieser seinerseits weiter veräußert hat, so liegt darin eine Entwehrung auch für den Käufer dann, wenn dieser an dem Behalten des Dritten ein rechtliches Interesse hat[31].

5. Der Inhalt des Entwehrungsanspruchs[32] ist die Leistung

---

gatorischer Lasten wird unterschieden, ob der Käufer dieselben voraussehen konnte, oder nicht, l. 21 §. 1 l. 41 D. de A. E. V. 19. 1, vgl. l. 13 §. 6 eod., l. 9 C. eod. 4. 49. Bekker S. 276—279. Die Praxis schwankt. Seuff. Arch. III. 314, VII. 163, XI. 28. 221 Nr. I. 222, XII. 258, XIV. 127. 217.

[29] Bruchtheil: l. 1 l. 39 §. 2 D. h. t. Körperlicher Theil: l. 1 l. 64 §. 3 D. h. t. Bestandtheil: l. 23 §. 1 D. de usurp. 41. 3. Doch war in diesem letzten Falle die Klage aus der duplae stipulatio nicht begründet; ob auch in dem ersten der genannten Fälle nicht, bleibt zweifelhaft. L. 56 §. 2 l. 64 pr. — §. 2 D. h. t. Bekker S. 268.

[30] L. 8 D. h. t. Aber die duplae stipulatio verfiel auch in diesem Falle nicht, l. 42. 43 D. h. t.

[31] Z. B. der Käufer hat weiter verkauft, l. 39 §. 1 l. 61 D. h. t., (über l. 33 D. h. t. vgl. mit Müller S. 115 fg. Bekker S. 234); er hat als Ehefrau oder Vater der Ehefrau die Sache zur Dos gegeben, l. 22 §. 1 D. h. t., l. 75 D. de I. D. 23. 3, l. 71 D. h. t. Vgl. zu l. 71 cit. §. 251 Note 3, und über den Fall der Dotalbestellung überhaupt Müller S. 137 fg., Bechmann röm. Dotalrecht I S. 134 fg. Anders, wenn der Käufer die Sache verschenkt hat, l. 131 §. 1 D. de V. O. 45 1.

[32] Bekker a. a. O. S. 231 fg. 301 fg. streitet mit großer Lebhaftigkeit für den unzweifelhaft richtigen Satz, daß der Entwehrungsanspruch nichts sei, als ein Anspruch auf Erfüllung, bez. Leistung des Interesse wegen Nichterfüllung; durch die Entwehrung werde nicht sowohl ein neuer Anspruch begründet, als vielmehr herausgestellt, daß der dem Käufer aus dem Kaufe erwachsene Anspruch unerfüllt sei. Wenn aber Bekker diesen Gedanken dahin ausbildet, daß durch die Entwehrung das von dem Verkäufer beschaffte tradere als eine „Scheinleistung" aufgewiesen werde, so scheint mir das keine glückliche Auffassung zu sein, und durch die gelegentliche Aeußerung der l. 3 pr. D. de A. E. V. 19. 1 (ob auch l. 33 D. h. t. hierher gehört, muß doch dahin gestellt bleiben) keineswegs bewiesen zu werden. Bei Obligationen auf Eigenthumsübertragung ist allerdings das tradere, welches nicht Eigenthum schafft, bloß Scheinleistung; der Verkäufer dagegen ist nur verpflichtet, zu bewirken, daß der Käufer die Sache faktisch habe, und diese Verpflichtung erfüllt

des Interesse, welches der Käufer daran hat, daß die Entwehrung nicht geschehen sei[33]. Das Interesse wird bestimmt mit Rücksicht auf die Zeit der Entwehrung[34]; abgezogen wird, was der Käufer seinerseits von der Sache gewonnen hat[35]. Wird ein Theil entwehrt, so ist das Interesse natürlich mit Rücksicht auf den besonderen Werth gerade dieses Theils zu bestimmen[36]; wird von mehreren zusammen verkauften Sachen Eine entwehrt, so ist für diese Ersatz zu geben, ohne daß sich der Verkäufer auf den Mehrwerth der nicht entwehrten berufen könnte[37]. Beim

---

er durch das tradere nicht scheinbar, sondern wirklich, freilich nur für den Augenblick, nicht auch für die Zukunft.

[33] L. 8 D. l. 23. 25. 29 C. h. t. Seuff. Arch. V. 122. Daß nicht Rückgabe des Kaufpreises als solche den Gegenstand des Anspruchs bilde, sagen ausdrücklich l. 60 l. 66 §. 3 l. 70 D. l. 23 C. h. t. Vgl. übrigens Seuff. Arch. V. 122. 268; dazu Bekker S. 321. Ebensowenig thut der Verkäufer durch Wiederverschaffung der Sache genug, wenn das Interesse des Käufers weiter geht, l. 67 D. h. t. Ersatz von Verwendungen: l. 9 l. 16 C. l. 43. 44. 45 pr. §. 1 D. de A. E. V. 19. 1. Ersatz von Schäden: l. 17 C. h. t. (im Besonderen Ersatz der Kosten des Evictionsprocesses: Bekker S. 309). Beschränkung der Interesseforderung auf das Doppelte des Werthes der Sache nach der allgemeinen Regel der l. un. C. de sentent. quae pro eo 7. 47 (§. 258 Note 9) und nach l. 44. D. de A. E. V. 19. 1. Besonderes Recht des Verkaufs in Folge richterlicher Pfändung: l. 74 §. 1 D. h. t. (vgl. I §. 233 Note 3 und 4). — Seuff. Arch. V. 122. 267. 268. 269.

[34] L. 45 pr. D. de A. E. V. 19. 1, l. 66 §. 3 l. 70 D. h. t. Vgl. Bekker S. 308, Sintenis Anm. 168. [Dagegen kam es bei der duplae stipulatio auf spätere Verbesserung oder Verschlechterung der Kaufsache nicht an, l. 64 pr. l. 13 D. h. t. (Freilich passen dazu nicht l. 64 §. 1. 2 l. 15 D. eod. Bekker S. 273. 309). Ist dieser römische Grundsatz auch heutzutage noch anwendbar, wenn etwa für den Fall der Entwehrung eine bestimmte Schadensersatzsumme versprochen sein sollte? Bejahend beantwortet von Arndts §. 303 zu Anm. 9], Sintenis S. 625. 626. Ueber l. 64 §. 1. 2 citt. s. noch Bekker S. 274—276, Vangerow §. 610 Anm. 1 und die das. Citirten.

[35] L. 16 C. h. t., vgl. l. 74 §. 1 D. h. t.

[36] L. 1 l. 45 D. h. t. Auch bei der duplae stipulatio wurde der zu leistende Theil der dupla mit Rücksicht auf den besonderen Werth des entwehrten Theils berechnet (l. 64 §. 3 D. h. t.), mit Ausnahme jedoch des Falles, wenn der Preis nicht im Ganzen, sondern auf So und So viel für eine Maßeinheit bestimmt war (l. 53 pr. eod.).

[37] L. 37 l. 72 D. h. t. L. 42 D. de A. E. V. 19. 1 darf nicht hierher bezogen werden; sie sagt nur, daß, wenn sich bei der einen verkauften Sache

Kaufe generisch bestimmter Sachen kann der Käufer nach seiner Wahl entweder sein Interesse, oder Lieferung einer andern Sache fordern[37a].

6. Ein Entwehrungsanspruch ist nicht begründet, wenn der Käufer auf denselben verzichtet[38], oder wenn er das mangelhafte Recht des Verkäufers beim Verkaufe gekannt hat[39]; ferner nicht bei Verkäufen, die Jemand während des Spiels macht, um weiter spielen zu können[40].

§. 392.

Eine Verpflichtung wegen Entwehrung kommt nicht bloß beim Kaufvertrag vor; sie findet ferner in allen Fällen Statt, wo

---

ein Mangel an der zugesagten Quantität finde, auf dasjenige, worum die andere die zugesagte Quantität überschreite, billige Rücksicht genommen werden müsse.

[37a] Der Verkäufer kann einerseits den Käufer bei der von demselben abgegebenen Erklärung: daß der Verkäufer diese bestimmte Sache haben solle, festhalten; er kann aber andererseits auch dabei stehen bleiben; daß seine Forderung unerfüllt sei, und daher Erfüllung derselben nach ihrem ursprünglichen Inhalt verlangen. — Diese Wahl steht ihm nach heutigem Recht zu, während er nach römischem Recht unzweifelhaft auf die zweite Alternative beschränkt war. Die Frage ist näher die: ob nach römischem Recht die in der Hingabe einer bestimmten Sache liegende Willenserklärung für den Käufer ebenso bindend war, wie sie es nach heutigem Recht ist. Nicht bindend war die betreffende Willenserklärung des zur Eigenthumsverschaffung Verpflichteten (s. §. 342 Note 6a. 6b), und es leuchtet nicht ein, warum der besondere Inhalt der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtung einen Unterschied hätte machen sollen.

[38] S. g. pactum de non praestanda evictione. L. 21 C. l. 69 pr. D. h. t. Dasselbe hilft aber nicht dem arglistigen Verkäufer. L. 6 §. 9 l. 11 §. 15. 18 D. de A. E. V. 19. 1, l. 69 §. 5 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. XVII. 24. Sodann: ist nicht ein solcher Vertrag im Zweifel dahin zu verstehen, daß der Verkäufer zwar nicht gehalten sein solle, dem Käufer sein Interesse zu leisten, aber immerhin gehalten sein solle, den Kaufpreis zurückzugeben? Von dieser Frage handelt l. 11 §. 18 cit. Die jetzt herrschende Auffassung dieser Stelle ist die, daß sie die aufgeworfene Frage verneint. Vgl. namentlich Vangerow §. 610 Anm. 4; andererseits Puchta Vorles. zu §. 362.

[39] L. 18. 27 C. h. t., l. 7 C. comm. utr. iud. 3. 38. Singuläre Bestimmungen in l. 3 §. 4 D. comm. de leg. 6. 43 und Nov. 7 c. 5. Vangerow §. 610 Anm. 5. Seuff. Arch. VII. 297, IX. 278.

[40] L. 2 §. 1 D. quar. rer. actio 44. 5.

Jemand verpflichtet ist, Eigenthum oder ein anderes Recht an einer Sache, welches Anspruch auf das Haben der Sache gibt, zu verschaffen[1]. Nur beschränkt sich hier die Verpflichtung des Schuldners nicht auf den Fall der Entwehrung, sondern der Schuldner haftet sofort, sobald es feststeht, daß er das zu verschaffende Recht nicht, oder nicht so verschafft hat, daß kraft desselben das Haben und Behalten der Sache möglich ist[2]. Daß Jemand lediglich für Entwehrung haftet, kommt nur beim Kauf vor[3]; dadurch rechtfertigt sich die hier festgehaltene Stellung der Entwehrungslehre[4].

---

[1] S. z. B. l. 58 D. h. t. 21. 2, l. 29 §. 3 D. de leg. III° 32. §. 392.

[2] S. §. 342 Note 4a—6. — Bekker S. 258. 265 ist der Meinung, daß die Verpflichtung zur Eigenthumsverschaffung nicht immer, oder doch nicht in jeder Beziehung den Inhalt habe, daß dem Gläubiger ein Eigenthum verschafft werden müsse, welches ihm auch das habere licere gewähre. Er beruft sich auf l. 2 D. de rer. perm. 19. 4. Aus dieser Stelle kann aber nur das „furtis noxisque solutum" in Betracht kommen, und durch l. 72 §. 5 D. de solut. 46. 3 wird bewiesen, daß, wer zum dare eines Sclaven verpflichtet ist, seiner Verpflichtung durch die Leistung eines servus nondum noxa solutus nicht genügt.

[3] Nicht auch bei kaufähnlichen Geschäften (l. 15 D. quib. ex caus. in po. 42. 4, l. 4 §. 31 D. de doli exc. 44. 4)? Daß beim Tausch für Eigenthumsverschaffung gehaftet werde, ist in den Quellen ausdrücklich anerkannt (§. 398 Note 4). Was die Leistung an Zahlungsstatt angeht, s. §. 342 Note 14. Wie ist es bei der Theilung? Von der Verhaftung wegen Eviction reden l. 66 §. 3 D. h. t., l. 14 C. fam. herc. 3. 36, l. 7 C. comm. div. 3. 37. Doch wird es nicht unerlaubt sein, die Grundsätze vom Tausch in den Fällen in Anwendung zu bringen, wo für die fragliche Sache nicht Geld, sondern eine andere Sache gegeben worden ist, vgl. l. 20 §. 3 i. f. D. fam. herc. 10. 2, l. 77 §. 18 D. de leg. II° 31. — Wird nicht auch aus dem Miethvertrag wegen Entwehrung gehaftet? Dafür Bekker S. 243 fg.; dawider Müller S. 123 fg. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Vermiether bloß zur Gewährung des Gebrauchs der Sache verpflichtet ist; aber kann man sagen, daß der Miether „evictionem patitur", wenn ihm das Haben der Sache von einem Dritten entzogen wird? L. 19 pr. D. loc. 19. 2 beweist dafür nicht; die evictio, von welcher diese Stelle redet, kann füglich von einer Eviction des Vermiethers verstanden werden.

[4] Andere stellen sie in den, ohnehin schon hinlänglich beschwerten, allgemeinen Theil des Obligationenrechtes, s. z. B. Unterholzner, Seuffert, Vangerow. Auch Bekker behandelt sie als allgemeine Lehre.

cc. Haftung des Verkäufers wegen der Beschaffenheit der Kaufsache.

αα. Sie hat Mängel*.

§. 393.

Wegen der Mängel der Kaufsache haftet der Verkäufer[1]: 1) wenn er ihre Abwesenheit versprochen hat[2]; 2) wenn er sie

---

* Dig. 21. 1 de aedilicio edicto et redhibitoria et quanti minoris. Cod. 4. 58 de aediliciis actionibus. — Neustetel in sein. und Zimmern's römisch-rechtl. Untersuchungen Nr. 9 (1821). Unterholzner Arch. f. civ. Pr. VI. 3 (1823). Gesterding Ausbeute von Nachforschungen VI. 2 Nr. 1 (1838); mit unbedeutenden Aenderungen wieder abgedruckt Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI. 1. H. Keller in Sell's Jahrb. III. 4 (1844). Hoffmann Arch. f. prakt. RW. IV S. 177—199 (namentlich über die Bestimmungen der deutschen Particularrechte). Glück XX S. 1—168; Unterholzner II S. 263—279, Sintenis II S. 606—622, Vangerow III §. 609 Anm., Thöl Handelsr. I §. 82—85.

§. 393. [1] Die Verhaftung des Verkäufers wegen der Mängel der Kaufsache beruht für das römische Recht: a) auf den Vorschriften des Civilrechtes; b) auf den weiter gehenden Sätzen des Edicts der curulischen Aedilen Nach Civilrecht haftete der Verkäufer nicht, wenn er nicht die Mängel arglistig verschwiegen, oder ihre Abwesenheit versprochen hatte; das Edict der Aedilen kehrte die Regel um, und sagte, der Verkäufer hafte für die Mängel immer, wenn er ihre Anwesenheit dem Käufer nicht ausdrücklich angezeigt habe (l. 1 §. 1 l. 38 pr. D. h. t.). Das Edict der Aedilen bezog sich zwar nur auf den Verkauf von Sclaven und Vieh (pecus); aber es ist durch die Jurisprudenz auf alle anderen Arten körperlicher Sachen ausgedehnt worden (l. 1 pr. l. 48 §. 6 l. 49 l. 63 D. l. 4 C. h. t.). Ueber und gegen die abweichende Ansicht, welche in dieser Beziehung Gans im Arch. f. civ. Pr. II. 9 aufgestellt hat, welche aber ohne alle Nachfolge geblieben ist, s. Thibaut das. V S. 350 fg., Unterholzner Arch. S. 76 fg. 97—101, Keller S. 121—123, Vangerow S. 327; über eine andere abweichende Ansicht von Busch s. unt. Note 4. Wenn in l. 13 pr. §. 1 D. de A. E. V. 19. 1 (über l. 6 §. 4 eod. s. Note 2 a. E.) bloß auf Grund des Vorhandenseins nicht angezeigter Mängel auch die actio emti gegeben wird, so soll damit nur gesagt sein, daß mit der actio emti (auf Grund der Formelconception: quidquid paret N^m N^m A^o A^o dare facere oportere ex fide bona) auch der Inhalt des aedilicischen Rechtes geltend gemacht werden könne. Unterholzner Arch. S. 109 fg., Keller S. 93 fg. 140 fg., Windscheid Voraussetzung S. 112 fg., Vangerow S. 324, Sintenis Anm. 79 u. 99, Schliemann Haftung des Cedenten S. 132—136; a. M. Neustetel S. 160 fg., s. auch Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 185.

[2] Natürlich schon nach Civilrecht, l. 6 §. 4 l. 13 §. 3 D. de A. E. V.

gekannt und arglistigerweise verschwiegen hat[3]; 3) wenn er sie nicht gekannt hat, dann[4], wenn sie so erheblich sind, daß sie den Gebrauch der Sache beeinträchtigen[5], und nicht so offenkundig, daß sie dem Käufer in die Augen fallen mußten[6]. In den beiden ersten Fällen haftet der Verkäufer auf das Interesse des

---

19. 1. Aber auch nach dem aedilicischen Edict, l. 1 §. 1 l. 17 §. 20 l. 18 pr. l. 38 §. 10 l. 52 D. h. t. — In einer Anpreisung der Sache zum Zwecke ihrer Empfehlung liegt noch nicht die Uebernahme der Garantie für ihre Fehlerlosigkeit. L. 19 §. 3 D. h. t. „Ea autem sola dicta sive promissa admittenda sunt, quae sic dicuntur, ut praestentur, non ut iactentur". L. 19 §. 1. 2 eod. Es kann aber der Verkäufer, welcher durch eine solche Anpreisung den Käufer verleitet hat, möglicherweise wegen Betrugs in Anspruch genommen werden, l. 37 D. de dolo 4. 3. Vgl. Seuff. Arch. XVIII. 237. — Das Versprechen der Abwesenheit des Mangels kann auch stillschweigend gegeben werden. L. 6 §. 4 D. de A. E. V. 19. 1, vgl. l. 19 §. 1 D. loc. 19. 2. Seuff. Arch. VII. 31 S. 42; vgl. aber auch XVI. 181.

[3] Natürlich schon nach Civilrecht, vgl. l. 11 §. 5 l. 13 pr. §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 35 §. 8 D. de contr. emt. 18. 1. Aber auch diese Bestimmung haben die Aedilen wiederholt, l. 1 §. 1 i. f. D. h. t. Dem Arglistigen hilft nicht einmal der Vertrag, daß er für Fehlerhaftigkeit der Sache nicht solle einzustehen haben, l. 14 §. 9 D. h. t.

[4] Dieß ist die aedilicische Neuerung. L. 1 §. 1 l. 38 pr. §. 5 D. h. t. L. 1 §. 2 eod.: — „dummodo sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere". Auch ob die Unwissenheit des Verkäufers entschuldbar ist, oder nicht, ist gleichgültig. Busch Arch. f. civ. Pr. XXVI. 9 hat die Behauptung aufgestellt, daß Endschuldbarkeit der Unwissenheit den Verkäufer in allen nicht durch den Wortlaut des Edicts vorgesehenen Fällen (Sclaven- und Viehhandel) von der Verhaftung entbinde; s. dagegen Keller in Sell's Jahrb. III. 10, Vangerow S. 328.

[5] L. 1 §. 8 l. 10 pr. D. h. t. Nähere Ausführung in Betreff von Sclaven in l. 4 §. 6 — l. 15 D. h. t., in Betreff von Thieren in l. 38 §. 3. 7—9 eod. Animi vitia kamen bei Sclaven überhaupt nur dann in Betracht, wenn sie zu den im Edict speciell aufgezählten gehörten, l. 1 §. 9 — l. 4 §. 4 l. 65 D. h. t. Bei Thieren gelten animi vitia als physische Mängel, l. 38 §. 8. 9 l. 43 pr. D. h. t., vgl. l. 4 §. 3 eod. Unterholzner Arch. S. 70 Note 27, Keller S. 127 fg. (gegen Neustetel S. 233 fg.). Seuff. Arch. V. 155, X. 29, XII. 137, XV. 115.

[6] L. 14 §. 10 D. h. t.: — „ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit". L. 1 §. 6 l. 48 §. 4 eod. Der Maßstab, mit welchem gemessen wird, ist der Maßstab des gewöhnlichen Mannes, nicht der Maßstab des Kenners. Gesterding Arch. f. civ. Pr. IV S. 18—22, Thöl S. 482. Seuff. Arch. V. 155, VII. 295, X. 29.

Käufers[7]; im ersten Falle kann der Käufer außerdem ohne Weiteres Rücknahme der Sache verlangen, ohne erst beweisen zu müssen, daß sein Interesse gerade hierauf gehe[8]. In dem letzten Falle hat der Käufer die Wahl, ob er Herabsetzung des Preises verlangen[9], oder ob er die Sache zurückgeben will[10]; einen Anspruch auf weiteres Interesse hat er nicht[11]. Der Anspruch auf

---

[7] L. 6 §. 4 l. 13 pr. §. 1—3 D. de A. E. V. 19 1. Das Interesse des Käufers kann auch darin bestehen, daß der Verkäufer die Sache gegen Erstattung des Kaufpreises zurücknehme, l. 11 §. 3. 5 D. de A. E. V. 19. 1, vgl. l. 43 §. 6 D. h. t., l. 25 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. Keller S. 154 fg.

[8] Der Käufer kann „redhibere" rem (l. 21 pr. D. h. t.: „Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata, quasi redditio"), er hat die actio redhibitoria, — gemäß der Vorschrift des aedilicischen Edicts, welche diese Befugniß ausdrücklich auch für den Fall gewährt hatte, wo die Kaufsache nicht in Uebereinstimmung mit dem „dictum promissumve" sei, l. 1 §. 1 l. 18 pr. l.38 §. 10 D. h. t. Seuff. Arch. XI. 222. Nicht minder ist in diesem Fall auch die aedilicische Klage auf Preisminderung begründet (l. 18 pr. D. h. t.); aber diese gewährt dem Käufer nichts Neues, da der Käufer Preisminderung auch mit der actio emti auf das Interesse erlangen kann. — Auch der Fall der Arglist ist im aedilicischen Edict vorgesehen, aber nur mit den Worten: „Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus" (l. 1 §. 1 i. f. D. h. t.), ohne daß bezeugt wäre, daß dieses iudicium einen andern Inhalt gehabt habe, als die civilrechtliche actio emti. S. auch l. 37 D. de dolo 4. 3. Neustetel S. 184. 199, Sintenis S. 612 in der Anmerkung.

[9] Actio aestimatoria oder quanti minoris.

[10] Diese Wahl gab ihm das aedilicische Edict. L. 19 pr. l. 38 pr. l. 43 §. 6 D. h. t., l. 25 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. Die früher herrschende Meinung, daß die actio redhibitoria nur wegen Hauptmängel, nicht wegen Nebenmängel, begründet sei, ist jetzt aufgegeben. Gegen dieselbe Feuerbach civilistische Versuche Nr. 2, Neustetel S. 245 fg., Unterholzner Arch. S. 88. — Kann der Verkäufer der Auflösung des Vertrages dadurch entgehen, daß er den Mangel nachträglich verbessert? Verneint für die Zeit nach der Litiscontestation bei Seuff. Arch. XV. 116.

[11] Seuff. Arch. IV. 25, X. 32. Hier liegt der Unterschied zwischen der aedilicischen acto quanti minoris und der actio emti auf Preisminderung. Jene geht nur auf Preisminderung, diese auf Preisminderung, weil gerade Preisminderung im Interesse des Käufers liegt, während derselbe auch Leistung jedes anderen Interesse, welches im gegebenen Fall begründet ist, verlangen kann. Ueber und gegen die Auffassung Neustetels, welcher die actio quanti minoris für eine ursprünglich civilrechtliche Klage hält, s. Note 1 a. E.

Preisminderung verjährt in einem Jahr, der auf Rücknahme in sechs Monaten, beides tauglicher Zeit[12]; der Anspruch auf Leistung des Interesse verjährt in der gewöhnlichen Frist[13].

§. 394.

Zu dem Gesagten ist noch folgendes Nähere zu bemerken.

1. Der Anspruch auf Preisminderung geht eben auf Minderung des Kaufpreises, d. h. der gerade bei diesem Kaufe vereinbarten Kaufsumme. Er geht nicht auf Ersatz des Minderwerthes, welchen die Sache wegen des Mangels nach objectiver Schätzung hat[1]. Sind mehrere Sachen um Einen Preis verkauft

[12] L. 38 pr. l. 19 §. 6 l. 48 §. 2 l. 55 D. l. 2 C. h. t., l. 25 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. Daß taugliche Zeit gerechnet wird: l. 19 §. 6 l. 55 citt. Seuff. Arch. X. 31. Diese kurze Verjährung bezieht sich aber nur auf die actio quanti minoris und redhibitoria als solche, nicht auf die actio emti, wenn mit dieser Preisminderung oder Rücknahme der Sache als Gegenstand des Interesse gefordert wird. Dagegen bezieht sie sich allerdings auf die actio emti, wenn durch diese nur das aedilicische Recht selbst geltend gemacht wird. S. Note 1 a. E. und Unterholzner Arch. S. 103. 104, Keller S. 163, Vangerow S. 325, Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 259 fg., Seuff. Arch. X. 30. Für das römische Recht ist in dieser Beziehung nicht ohne Zweifel Sintenis S. 613 in der Anmerkung.

[13] Das HGB. Art. 349. 350 unterwirft alle Ansprüche wegen der Mängel der Kaufsache, nur nicht die aus dem Betruge, einer sechsmonatlichen Verjährung.

[1] Wer eine Sache, die ohne den Mangel 10 werth gewesen wäre, um 20 gekauft hat, bekommt, wenn die Sache in Folge des Mangels nur 5 werth ist, 10 zurück (die Hälfte des Kaufpreises), nicht 5. Wer eine Sache, die ohne den Mangel 20 werth gewesen sein würde, um 10 gekauft hat, bekommt, wenn sie in Folge des Mangels nur 10 werth ist, 5 zurück (die Hälfte des Kaufpreises), nicht 10. Die Quellen gehen auf diesen Gegensatz nicht ein; sie setzen Uebereinstimmung des Kaufpreises mit dem wahren Werth der Sache voraus. In Folge davon sagen sie sowohl, daß der Käufer zurückbekomme, quanto minoris res fuerit (l. 38 pr. §. 13 D. h. t., l. 25 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2), als daß er zurückbekomme, quanto minoris emturus fuerit (l. 13 pr. §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 32 §. 1 D. de evict. 21. 2). — Noch unrichtiger wäre es, wenn man sagen wollte, daß der Anspruch des Käufers auf die Differenz zwischen dem wirklichen Werth und dem Kaufpreise gehe, wonach in dem ersten der eben bezeichneten Fälle der Käufer 15 erhalten würde, im zweiten gar nichts. Es hieße das den Parteien gestatten, bei Gelegenheit des Anspruchs auf Preisminderung sich zugleich für den Schaden zu erholen, welchen sie durch zu theueren Kauf oder durch zu wohlfeilen Verkauf erlitten haben. §. 394.

worden, so ist der Preis nicht auf alle gleich zu vertheilen, sondern der auf jede fallende Theil des Preises nach Verhältniß ihres Werthes zu bestimmen[1a].

2. Gibt der Käufer die Sache zurück, so müssen beide Parteien in denselben Zustand zurückversetzt werden, in welchem sie sein würden, wenn der Kaufvertrag nie abgeschlossen worden wäre[2]. Demnach muß der Käufer die Kaufsache zurückgeben: a) mit allen ihren Accessionen, nicht bloß mit denjenigen, mit welchen er sie selbst erhalten hat, sondern auch mit denjenigen, welche später zu ihr hinzugetreten sind[3]; b) mit allen Früchten, welche er von der Sache gezogen hat, oder bei gehöriger Sorgfalt hätte ziehen können, ebenso mit allem sonst von der Sache gemachten Erwerb[4]; c) in demselben Zustand, in welchem er sie erhalten hat, oder mit Ersatz für die durch seine Schuld eingetretenen Verschlechterungen[5]. Andererseits ist der Verkäufer verpflichtet: a) zur Rück-

---

Vgl. über die verschiedenen Meinungen Hoffmann Arch. f. prakt. RW. IV S. 181 fg., Bähr das. VII S. 67 fg., Brinz S. 493, Sintenis S. 618 Text und Anm. 120. 122, auch die Citate bei Seuffert §. 266 Note 2a. Seuff. Arch. XVIII. 124. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 250 fg. 258 fg.

[1a] L. 36 l. 64 D. h. t. Vgl. Sintenis Anm. 22. Es ist aber auch darauf Rücksicht zu nehmen, ob nicht durch die Fehlerhaftigkeit der einen Sache zugleich der Werth der anderen gemindert wird. L. 38 §. 13 D. h. t.

[2] L. 23 §. 1 D. h. t.: — „ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, quam haberet, si venditio facta non esset“ (vgl. zu dieser Stelle Mommsen in seiner Ausg.). L. 23 §. 7 D. h. t. „Iulianus ait, iudicium redhibitoriae actionis utrumque, i. e. venditorem et emtorem, quodammodo in integrum restituere debere“. L. 60 D. h. t., l. 13 §. 2 D. de acq. poss. 41. 2. Aber: „cum . . servus, quem emi traditusque mihi est, a me redhibeatur, non est in ea causa, ut perinde habeatur, atque si meus nunquam fuisset: sed et fuit et desiit“, l. 17 §. 2 D. de furtis 47. 2. Unterholzner Arch. S. 91 fg., Gesterding Ausbeute S. 33 fg. Zeitschr. S. 21 fg., Mommsen Beiträge II S. 34—36, Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 17.

[3] L. 1 §. 1 l. 23 §. 1 l. 31 §. 3. 4 l. 33 §. 1 D. h. t.

[4] L. 1 §. 1 l. 23 §. 9 l. 24 l. 31 §. 2 D. h. t.

[5] Die Verschlechterung kann eine factische sein; davon l. 1 §. 1 l. 23 pr. l. 25 pr. — §. 8 l. 31 §. 9 D. h. t. Sie kann auch eine juristische sein, wenn nämlich der Käufer dingliche Lasten auf die Sache gelegt hat; der Käufer muß dieselben ablösen oder Ersatz dafür geben (sie hören nicht etwa von selbst

gabe des Kaufpreises[6] mit Zinsen[7]; b) zur Erstattung der Auslagen, welche der Käufer wegen des Kaufes gemacht hat, vorausgesetzt daß auch der Verkäufer sie gemacht haben würde[8]; c) zum Ersatz des dem Käufer durch die Sache verursachten Schadens[9]. So jedoch, daß der Verkäufer sich von jeder weiteren Leistung als der des Kaufpreises und der Zinsen dadurch befreien kann, daß er dem Käufer die Sache läßt[10]. Erfüllt der Verkäufer seine Verbindlichkeiten bis zum Urtheil nicht, obgleich der Käufer zur Leistung des ihm Obliegenden bereit ist, so wird er auf das Doppelte verurtheilt[11]. Ist die Kaufsache ohne Schuld des Käufers untergegangen oder demselben abhanden gekommen, so muß der Verkäufer die ihm obliegenden Leistungen machen, ohne seinerseits etwas zu erhalten; im Fall der Schuld des Käufers kann er von demselben Ersatz verlangen[12]. Wenn der Käufer sich freiwillig der Sache entäußert, so verliert er das Recht auf Zurücknahme[12a].

---

auf). L. 21 §. 1 l. 43 §. 8 D. h. t., l. 4 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6. Vgl. noch v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 84—86.

[6] L. 25 §. 10 l. 26 D. h. t.

[7] L. 27 l. 29 §. 2 D. h. t.

[8] L. 27 l. 29. §. 3 l. 30 D. h. t. Kein Ersatz für die Ernährung eines Sclaven (Thieres), weil der Käufer auch keinen Ersatz für den Gebrauch desselben gibt, l. 30 §. 1 D. h. t. Seuff. Arch. V. 120.

[9] L. 23 §. 8 l. 29 pr. l. 31 pr. l. 58 pr. D. h. t. — Abgesehen von der Redhibition hat der Käufer einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch die mangelhafte Beschaffenheit der Sache erwachsenen Schadens nur dann, wenn den Verkäufer eine Schuld trifft. Seuff. Arch. VII. 25. 170, XVI. 181.

[10] L. 23 §. 8 l. 29 §. 3 l. 58 pr. §. 1 D. h. t.

[11] L. 45 D. h. t. Vgl. §. 263 Note 11. 15. — Hat der Verkäufer die Sache einmal zurückgenommen, so muß er Alles leisten, was mit der actio redhibitoria von ihm verlangt werden kann, ohne daß er noch darüber streiten dürfte, ob auch wirklich ein Redhibitionsfall vorliege. L. 31 §. 17 D. h. t.

[12] L. 31 §. 6. 11—15 l. 38 §. 3 l. 44 §. 2 l. 47 §. 1 l. 48 D. h. t. Gesterding Ausbeute S. 48 fg. Zeitschr. S. 34 fg.

[12a] Er gewinnt es aber wieder, sobald er sich wieder in der Lage befindet, die Kaufsache zurückgeben zu können. L. 43 §. 8 D. h. t. Anders nur, wenn er die Veräußerung in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit vorgenommen hat, worin ein Verzicht auf die Geltendmachung derselben liegt. L. 47 pr. D. h. t. Gesterding Zeitschr. S. 40 fg. Seuff. Arch. II. 24. 170, VII. 296, X. 149, XVI. 106. Die sonstigen Ansprüche aus der Fehlerhaftigkeit der Sache schließt die Entäußerung, wenn nicht ein Verzicht in derselben enthalten ist, nicht aus. Seuff. Arch. III. 27. 28, V. 269, VII. 296, X. 255. — Vgl. auch XVIII. 127.

— Ist von mehreren zusammen verkauften Sachen Eine fehlerhaft, so erstreckt sich die Pflicht der Rücknahme und Rückgabe auf alle, wenn sie als ein Ganzes verkauft worden sind, oder wenn ihre Trennung nicht füglich geschehen kann[13]. Wird nur Eine zurückgegeben, und alle sind um Einen Preis verkauft, so ist der auf sie fallende Theil des Preises in der zuvor bezeichneten Weise (Nr. 2 a. E.) zu bestimmen[14].

3. Die Ansprüche auf Preisminderung und auf Rücknahme wegen nicht angezeigter Mängel fallen weg bei fiscalischen Verkäufen[15]; bloß der Anspruch auf Rücknahme fällt weg bei Verkäufen unbedeutender Sachen[16].

4. Neben dem Anspruch auf Preisminderung und Rücknahme hat der Käufer noch das Recht, von dem Verkäufer zu verlangen, daß derselbe durch ein besonderes Versprechen die Abwesenheit der Mängel, durch welche jene Ansprüche begründet werden, versichere. Leistet der Verkäufer dieses Versprechen nicht, so kann der Käufer, auch wenn sich noch keine Mängel gezeigt haben, binnen zwei Monaten tauglicher Zeit Rücknahme der Sache, binnen sechs Monaten sein Interesse verlangen[17].

---

[13] L. 38 pr. §. 12. 14 l. 39. 40 l. 34. 35 l. 59 §. 1 D. h. t. L. 35 cit.: — „si separari non possint sine magno incommodo vel ad pietatis rationem offensa(m). Quid enim, si filio retento parentes redhiberi maluerim vel contra? Quod et in fratribus et in personas contubernio sibi coniunctas observari oportet". Vgl. über diese Frage Gesterding Ausbeute S. 58 fg. Zeitschr. S. 42 fg., Sintenis Anm. 118; ferner den Aufsatz von Fick im Archiv für deutsches Wechselr. und Handelsr. VIII Nr. 2 und 4, namentlich S. 129 fg., und dazu Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. III S. 305. Seuff. Arch. IV. 24, XII. 234, vgl. V. 121.

[14] S. Note 1a und die daselbst citirten Stellen.

[15] L. 1 §. 3 D. h. t. Vgl. l. 1 §. 4. 5 eod.

[16] L. 48 §. 8 D. h. t. „Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est". Ueber den Ausdruck s. Glück XX S. 45. 46.

[17] L. 28 D. h. t., l. 16 §. 2 l. 31 i. f. l. 37 §. 1 i. f. D. de evict. 21. 2, l. 11 §. 4 D. de A. E. V. 19. 1, l. 14 C. eod. 4. 49, Theophil. ad §. 2 I. de div. stip. 3. 18. Diese Stellen reden zwar nur von Sclaven und Thieren; aber es ist kein Grund vorhanden, weßwegen gerade die in ihnen enthaltene Bestimmung des aedilicischen Edicts von der allgemeinen Erstreckung desselben auf andere Sachen ausgeschlossen sein sollte. Dagegen finde ich für die gewöhnliche Annahme, daß das aedilicische Edict von dem Verkäufer ein Versprechen des Doppelten verlangt habe, keinen ge-

5. [18] Die Ansprüche auf Preisminderung und Rücknahme greifen nicht Platz beim Kauf generisch bestimmter Sachen[19]. Bei einem solchen Kaufe muß als stillschweigend vereinbart angesehen werden, daß das zu Liefernde fehlerlos geliefert werden solle[20]; ist also etwas Fehlerhaftes geliefert worden, so ist trotz der Annahme des Käufers, wenn sie nur nicht in Kenntniß der Fehler-

---

nügenden Beweis in den citirten Stellen, auch in l. 37 §. 1 de evict nicht. Umgekehrt nennt Theophilus das Doppelte bloß beispielsweise, und l. 31 §. 20 D. h. t. bezeichnet die duplae stipulatio als „assidua“. Immerhin ist das Versprechen für den Käufer nicht ganz ohne Werth, da er durch dasselbe einen Anspruch auf Leistung des vollen Interesse erlangt. Vielfach wird zwar behauptet, daß die Vorschrift heutzutage antiquirt sei, so z. B. von Sintenis S. 607 in der Anm., Arndts §. 304 Anm. 6, Schweppe röm. Privatr. III §. 431 a. E.; aber die Rechtfertigung dieser Behauptung würde den Beweis eines aufhebenden Gewohnheitsrechtes voraussetzen. Ohne weitere Bemerkung wird die Vorschrift vorgetragen in den Lehrbüchern von Thibaut §. 494, Wening-Ingenheim II §. 363, Mühlenbruch II §. 402, Vangerow S. 330. 331 (der aber ihre Erstreckung auf andere Sachen als Vieh bestreitet). Uebergangen ist sie in dem Lehrbuch von Seuffert. Wirklich unanwendbar, als auf römischer Volkssitte beruhend, ist die l. 31 §. 20 D. h. t. (vgl. §. 391 Note 3).

[18] Vgl. zu dem Folgendem, worüber viel Streit ist: Thöl Handelsr. I §. 83; sodann den in Note 13 citirten Aufsatz von Fick, dazu Goldschmidt a. a. O. S. 301 fg., und wieder Fick a. a. O. IX S. 371 fg.; Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 401 fg.; Seuffert 4. Ausg. §. 266 a. E. Bemerkenswerth ist auch ein Erkenntniß des OAG. zu Oldenburg, Arch. f. d. Praxis des Oldenb. R. VII S. 181—202 (auf welches Seuffert aufmerksam gemacht hat, vgl. jetzt auch Seuff. Arch. XIX. 131). HGB. Art. 346—348.

[19] So Thöl und der ihm folgende Seuffert; a. M. Bekker, Goldschmidt, das Oldenburger Erkenntniß, und mit einer Unterscheidung Fick. Diese letzteren Schriftsteller sind aber in anderer Beziehung unter sich wieder verschiedener Meinung, s. Note 22. 26.

[20] Diese Annahme ist nicht zu gewagt. Die Quellen stehen nicht entgegen; sie sprechen von unserem Falle nicht. Die Bestimmungen aber, welche sie über den Kauf individuell bestimmter Sachen enthalten, auf den Kauf generisch bestimmter Sachen zu übertragen, erscheint nicht gerechtfertigt. Ohne allen Zweifel gilt beim Kauf individuell bestimmter Sachen die Fehlerlosigkeit der Sache nach römischem Recht nicht ohne Weiteres als stillschweigend bedungen; aber hier wird eben auch diese bestimmte Sache verkauft. Die Auslegung: diese bestimmte Sache, und zwar als fehlerlose, ist eine viel ferner liegende, als bei dem Kaufe generisch bestimmter Sachen die Auslegung: eine Sache von diesen Merkmalen, und zwar eine fehlerlose Sache von diesen Merkmalen.

haftigkeit erfolgt ist, der Vertrag nicht erfüllt[21], und der Käufer kann anderweitige Lieferung[22], daneben sein Interesse verlangen[23]. Dieses Interesse kann ihn möglicherweise auch berechtigen, eine anderweitige Lieferung nicht mehr anzunehmen[24]; abgesehen hier-

---

[21] Ist die Annahme in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit erfolgt, so liegt eine vom Käufer acceptirte in solutum datio vor. Dagegen bewirkt irrige Annahme nicht, daß Erfüllung sei, was Erfüllung nicht ist. In einer solchen Annahme liegt nichts, als die Erklärung des Käufers, daß er Eigenthümer der dargebotenen Sache zu dem Ende werden wolle, daß dadurch die Schuld des Verkäufers getilgt werde. Wirklich getilgt wird aber die Obligation nicht durch die Annahmeerklärung des Gläubigers, sondern dadurch, daß dieser hat, was er haben soll (oder statt dessen mit seinem Willen ein Anderes).

[22] So Thöl, Seuffert, Fick, Goldschmidt; a. M. Bekker und das Oldenburger Erkenntniß, welches jedoch noch zwischen Annahme und Genehmigung (bez. Disposition über das Gelieferte) unterscheidet. Uebereinstimmend auch das HGB. a. a. O. Es gibt zwei Wege, um zu dem Satz zu gelangen, daß der Käufer anderweitige Lieferung nicht verlangen könne, und demgemäß auf die aedilicischen Ansprüche beschränkt sei. a) Man leugnet, daß die Fehlerlosigkeit der zu liefernden Sache als stillschweigend vereinbart anzusehen sei. Dieß ist der Standpunkt von Bekker, mit welchem übereinstimmt Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 119 fg. b) Man behauptet, daß die Parteien durch Geben und Nehmen einen neuen Vertrag des Inhalts abschließen, daß fortan nur dieser bestimmte geleistete Gegenstand als Obligationsobject in Betracht kommen solle. Einen solchen Vertrag nehmen in verschiedener Formulirung das Oldenburger Erkenntniß und Treitschke krit. Jahrb. f. deutsche RW. XIV S. 711 an; dagegen Thöl §. 83 Note 18. M. E. liegt in dem Geben und Nehmen einer bestimmten Sache allerdings ein Vertrag; der Verkäufer erklärt im Geben, daß der Käufer diese bestimmte Sache zum Zweck der Erfüllung des Kaufvertrages haben solle, und diese Erklärung wird vom Käufer durch das Nehmen acceptirt. Aber dieser Vertrag bindet nur den Verkäufer, nicht den Käufer, und dem Letzteren ist es daher unbenommen, sie als nicht abgegeben anzusehen. Vgl. §. 366 Note 8, §. 391 Note 37[a].

[23] a) Möglicherweise ist dem Käufer durch die gelieferte fehlerhafte Sache in Schaden zugefügt worden; sie hat z. B. Sachen des Käufers verdorben. Er verlangt Ersatz dieses Schadens, vorausgesetzt natürlich, daß den Verkäufer in Betreff der Fehlerhaftigkeit der Lieferung eine Schuld trifft. b) Die anderweitige Lieferung kann nicht mehr rechtzeitig beschafft werden; der Käufer fordert das Verzugsinteresse. — Seinerseits ist der Käufer zur Sorge für die angenommene oder ihm von auswärts zugeschickte Waare verpflichtet. Thöl §. 85 Nr. 2. Seuff. Arch. XIX. 27. HGB. Art. 347.

[24] S. §. 280 Note 1. In diesem Falle ist er in derselben Lage, als wenn die actio redhibitoria für ihn begründet wäre, nur daß es ihm unbenommen bleibt, auch noch sein anderweitiges Interesse geltend zu machen.

von ist anderweitige Lieferung statt der zurückgewiesenen nicht bloß Pflicht, sondern auch Recht des Verkäufers. Das Gelieferte unter Kürzung des Kaufpreises behalten[25] darf der Käufer nur dann[26], wenn er nachweisen kann, daß das Behalten im Interesse auch des Verkäufers liege[27]. Durch die Billigung des Gelieferten verliert der Käufer nicht seine Rechte wegen der ihm verborgen gebliebenen Fehler[28]; es müßte denn seine Schuld sein, daß sie ihm verborgen geblieben sind[29]. Ebenso wenig ver-

---

[25] Was der actio quanti minoris entsprechen würde.

[26] Ein unbedingtes Recht zum Behalten mit Preiskürzung geben dem Käufer nicht nur diejenigen Schriftsteller, welche ihm die aedilicischen Klagen gewähren (nur diese, wie Bekker und das Oldenburger Erkenntniß, oder auch diese, wie Fick und Goldschmidt), sondern auch Thöl und Seuffert. Thöl (S. 492) macht geltend: „der Verkäufer, welcher die gehörige Lieferung durch eine andere surrogirt, darf nicht selbst sein Factum anfechten". Aber er „surrogirt" für den vereinbarten Kaufpreis, nicht für einen niedrigeren. — Das doppelte Recht des Käufers, nach seiner Wahl entweder neue Lieferung verlangen, oder die aedilicischen Ansprüche erheben oder auch nur gegen Preisminderung behalten zu dürfen, läßt sich bloß in der Weise rechtfertigen, daß die Berufung auf die stillschweigende Verabredung der Fehlerlosigkeit zwar dem Käufer gestattet wird, nicht aber dem Verkäufer, und das halte ich nicht für zulässig.

[27] Im Einzelnen: a) er weist nach, daß, wenn er nicht behalten hätte, der Verkäufer einen Schaden erlitten haben würde, gegen welchen er ihn durch das Behalten geschützt hat, „so wenn es sich um Victualien handelt, die dem raschen Verderben ausgesetzt sind (auch nach den örtlichen Verhältnissen nicht auf Rechnung des Verkäufers verkauft werden können)", E. A. Seuffert in Seuffert Pand. §. 276 Note 6. b) Er weist nach, daß, wenn er nicht behalten hätte, er selbst einen Schaden erlitten haben würde, welchen der Verkäufer ihm hätte ersetzen müssen. Es kann nicht von ihm verlangt werden, daß er den Schaden wirklich erleide, und erst dann Ersatz für denselben suche (vgl. §. 346 zu Note 6). — Aus dem Gesagten ergibt sich übrigens, daß auch das Maß der dem Käufer gestatteten Preisminderung durch das Interesse des Verkäufers bedingt ist.

[28] Thöl §. 85b. Billigung (vorausgesetzt natürlich daß sie in Unkenntniß der Fehlerhaftigkeit erfolgt) ist nichts, als die Abgabe des Urtheils, daß die Leistung fehlerlos und somit vertragsmäßig sei. Dieses Urtheil ist von Einfluß auf die Beweislast (§. 321 Note 6); aber zur Erfüllung zu machen, was nicht Erfüllung ist, ist es nicht im Stande. A. M. das Erkenntniß bei Seuff. Arch. VII. 303.

[29] Wobei ihm auch levis culpa zur Last fällt, Thöl a. a. O. Note 5. Seuff. Arch. II. 92.

liert er seine Rechte durch Annahme ohne Untersuchung[30], oder durch Unterlassung sofortiger Anzeige nach entdecktem Mangel[31].

ββ. Sie entbehrt Vorzüge.

§. 395.

Der Verkäufer muß die Kaufsache in derjenigen Güte liefern, welche er ausdrücklich versprochen hat[1], oder welche der Käufer nach den Umständen erwarte durfte, so daß sie als stillschweigend vereinbart angesehen werden muß[2]. Hat die Kaufsache diese Güte

---

[30] Nur kann, wenn die Unterlassung der Untersuchung vor der Annahme schuldvolle Nachlässigkeit war (was sie keineswegs ohne Weiteres ist), der Verkäufer verlangen, daß nicht ein Anspruch gegen ihn erhoben werde, welchem er nicht ausgesetzt gewesen sein würde, wenn der Käufer untersucht hätte. Seuff. Arch. II. 22. 274, V. 119, VII. 295, IX. 88, X. 148, XIV. 130, vgl. V. 121. Eine besondere Auffassung das. IX. 277. Vgl. auch IV. 78, VIII. 39.

[31] Thöl §. 84, Seuffert §. 267 Note 4. Seuff. Arch. VII. 295; anders das. II. 169, IV. 23, VI. 27, XIV. 126, XVII. 23 (dieses letztere Urtheil jedoch mit ausdrücklicher Beschränkung auf den Bereich des Handelsrechts). — Zu dieser und der vorhergehenden Note: HGB. Art. 347. Von auswärts übersendete Waaren soll der Käufer ohne Verzug („so weit dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang thunlich ist") untersuchen. „Versäumt er dies, so gilt die Waare als genehmigt, so weit es sich nicht um Mängel handelt, welche bei der sofortigen Untersuchung nicht erkennbar waren". Ebenso soll es als Genehmigung gelten, wenn der entdeckte Mangel nicht ohne Verzug angezeigt wird.

§. 395. [1] S. die in §. 389 Note 13 citirten Stellen, welche sich aber theilweise auf die Versicherung der Abwesenheit von Mängeln beziehen; ferner l. 1 §. 1 l. 17 §. 20 l. 18 l. 19 §. 1 l. 38 §. 10 D. h. t. Vgl. §. 393 Note 2; auch Seuff. Arch. I. 38, II. 23, XVII. 129, vgl. XVIII. 235. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 248—249. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck II S. 352 fg. Fein Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation S. 10 fg.

[2] Hierher gehört namentlich der Fall, wo die äußere Erscheinung der Sache den Käufer zu der Annahme berechtigte, daß sie eine gewisse werthsteigernde Eigenschaft habe: — „veluti si mensas quasi citreas emit, quae non sunt" (l. 21 §. 2 D. de A. E. V. 19. 1). Diese Worte von einer ausdrücklichen Zusage der betreffenden Eigenschaft des Tisches zu verstehen, erlaubt der übrige Inhalt der Stelle nicht. Zweifelhafter ist es, ob nicht in l. 45 D. de contr. emt. 18. 1 (es werden alte aufgeputzte Kleider statt neuer verkauft) eine ausdrückliche Zusage des Verkäufers anzunehmen ist. Doch werden durch diese

nicht, so kann der Käufer sein Interesse verlangen[3]; beim Mangel ausdrücklich zugesagter Eigenschaften kann er auch die Kaufsache ohne Weiteres zurückgeben[4]. Kaufverträge über generisch bestimmte Sachen sind nicht erfüllt, wenn das Gelieferte nicht die ausdrücklich oder stillschweigend zugesagte Güte hat; es gelten hier die gleichen Grundsätze, wie wenn das Gelieferte fehlerhaft ist (§. 394 Nr. 5).

Eine besondere in diesen Zusammenhang gehörige Bestimmung ist noch die, daß, wenn ein Thier zum Zweck des Verkaufs durch Zierrathen aufgeputzt worden ist, diese mit herausgegeben werden müssen; geschieht es nicht, so kann der Käufer nach seiner Wahl entweder Herausgabe der Zierrathen, oder Rücknahme des Thieres verlangen, muß jedoch den einen und den andern Anspruch binnen zwei Monaten geltend machen[5].

d. Recht des Rücktritts.

§. 396.

Das Recht, von dem Kaufvertrage zurückzutreten, kann vertragsmäßig begründet sein (§. 323). Ein gesetzliches Rücktrittsrecht hat: 1) der Käufer bei Mangelhaftigkeit der Sache, oder wenn sie die zugesagten Eigenschaften nicht hat (§. 393. 394. 395); 2)[1] der Verkäufer, wenn er weniger als die Hälfte des wahren

---

Annahme die Schwierigkeiten der Stelle nicht vermindert. Vgl. über diese Stellen Savigny Syst. III S. 285—290, Vangerow III S. 282—286, Windscheid Voraussetzung S. 116—119 und Heid. krit. Zeitschr. II S. 122—125, Mommsen Beiträge I S. 203 fg. II S. 280 fg. III S. 411 fg., Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 179 fg. 185 fg. — HGB. Art. 335. „Ist im Vertrage über die Beschaffenheit und Güte der Waare nichts Näheres bestimmt, so hat der Verpflichtete Handelsgut mittlerer Art und Güte zu gewähren". Vgl. auch Seuff. Arch. III. 26, V. 153, XVI. 104.

[3] S. die in §. 389 Note 13 citirten Stellen; ferner l. 45 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 §. 2 D. de A. E. V. 19. 1. Seuff. Arch. XVI. 105.

[4] Er hat überhaupt die aedilicischen Ansprüche (l. 1 §. 1 l. 18 pr. l. 38 §. 10 D. h. t.), aber der Anspruch auf Preisminderung ist schon in seinem Anspruch auf Leistung des Interesse enthalten.

[5] L. 38 pr. §. 11 D. h. t. Abweichende Auffassungen bei Neustetel S. 201 fg. und bei Keller S. 132 fg. 152 in der Note; dagegen Vangerow S. 329.

[1] v. Batz Abhandlungen Nr. 14 u. 15. Strippelmann Entscheidun- §. 396.

Werthes für seine Sache empfangen hat[2]. Es steht jedoch dem Käufer frei, durch Nachzahlung bis zum Betrage des wahren Werthes den Vertrag aufrecht zu erhalten[3]. Wählt der Käufer diesen Weg nicht, so erhält der Verkäufer gegen Rückzahlung des Kaufpreises seine Sache zurück[4]; in Betreff des Näheren muß die Analogie der Bestimmungen über Rückgabe wegen Fehlerhaftigkeit (§. 394 Nr. 2) entscheiden[5]. Dadurch, daß der Verkäufer den

---

gen II S. 266 fg. v. Madai theoretisch-praktische Erörterungen I Heft 2 Nr. 5. Glück XVII S. 19—125; Unterholzner II S. 245 fg., Sintenis II S. 635 fg., Vangerow III §. 611 Anm., Seuffert §. 272.

[2] S. g. laesio enormis. Es liegt in der Natur des Kaufvertrages, daß jeder Contrahent seinen Vortheil sucht, — „naturaliter licere contrahentibus se circumvenire", l. 16 §. 4 D. de minor. 4. 4; s. noch l. 22 §. 3 l. 23 D. loc. 19. 2, l. 8 C. de resc. vend. 4. 44, Nov. 97 c. 1. Seuff. Arch. II. 104. Aber hat die Uebervortheilung des einen Contrahenten durch den andern nicht ihre Grenze, wo sie auch abgesehen von dem Falle des Betrugs aufhört, erlaubt zu sein? Eine solche Grenze haben zu Gunsten des Verkäufers die Kaiser Diocletian und Maximian gesetzt, l. 2 C. de resc. vend. 4. 44, wiederholt l. 8 C. eod.; s. auch l. 3. 4. 12. 15 eod., c. 3. 6 X. de emt. et vend. 3. 17. Man hat gefragt: 1) ob die kaiserliche Vorschrift nicht auf Grundstücke beschränkt sei? S. dagegen l. 2 cit. init. „Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxerit" . . . 2) Ob sie nicht ihrem wahren Sinne nach auf den Käufer, und ebenso auf alle anderen gegenseitigen Verträge zu erstrecken sei? Dafür aus der neueren Zeit namentlich Chambon Beiträge zum Obligationenrecht S. 111 fg.; Literaturübersicht bei demselben und bei Vangerow a. a. O. unter Nr. I, s. noch Brinz S. 499, Keller §. 333. M. E. liegt für eine ausdehnende Erklärung kein Anhalt vor; dawider spricht, daß auch in allen anderen Constitutionen, welche die Diocletianische Vorschrift erwähnen oder berücksichtigen, nur vom Verkäufer die Rede ist (l. 4. 12. 15 C. h. t.), so wie die Ignorirung derselben im Theodosianischen Codex (l. 1. 4. 7 C. Th. de contr. emt. 3. 1).

[3] L. 2 C. cit.: — „vel, si emtor elegerit, quod deest iusto pretio recipias". Der Käufer hat das Recht, durch Nachzahlung der Verpflichtung zur Rückgabe der Sache zu entgehen (s. g. facultas alternativa); aber er hat nicht die Verpflichtung, entweder die Sache zurückzugeben, oder nachzuzahlen (alternative Obligation). Geht daher die Sache ohne seine Schuld (Arglist) unter, so haftet er auf gar nichts.

[4] L. 2 cit.: — „ut vel pretium te restituente emtoribus fundum venumdatum recipias . . vel . ." (Note 3). Stirbt der Verkäufer mit Hinterlassung mehrerer Erben, so kann nicht jeder derselben Rückgabe für seinen Antheil fordern; das Recht des Verkäufers ist untheilbar. Seuff. Arch. XII. 139.

[5] Vgl. Vangerow S. 356, Sintenis Anm. 219, Seufert S. 101.

Mehrwerth der Sache gekannt hat, wird an und für sich sein Rücktrittsrecht nicht ausgeschlossen[6]; anders nur, wenn nach Lage der Umstände der Wille, auf den Mehrwerth zu verzichten, anzunehmen ist[7]. Die Vorschrift ist unanwendbar bei Sachen, die keinen festen Werth haben[8], und bei gewagten Geschäften[9]. — Eine sehr allgemeine Praxis gibt auch dem Käufer ein Rücktrittsrecht wegen Verletzung über die Hälfte, ja dehnt dieses Recht auf alle gegenseitigen Verträge aus[10].

e. Besondere Kaufgegenstände.

§. 397.

Die im Vorstehenden entwickelten Grundsätze greifen im Allgemeinen auch beim Verkaufe von Rechten Platz. Namentlich gilt auch hier der Grundsatz, daß der Verkäufer nicht verpflichtet ist, dem Käufer das Recht selbst zu gewähren, sondern daß er

---

[6] Dieß ist bestritten; aber der Wortlaut der kaiserlichen Constitution bietet für eine beschränkende Auslegung keinen Anhalt, und Veranlassung zur Hülfe ist beim Verkauf aus Noth nicht minder, als beim Verkauf aus Irrthum. Vangerow Nr. VI, Sintenis Anm. 223. Vgl. Seuff. Arch. III. 160, VI. 170, XIV. 218.

[7] Welchem Willen nicht bloß Schenkungsabsicht zu Grunde liegen kann. Seuff. Arch. IV. 213 Nr. 2. „(Die Verletzungsklage) findet nicht statt, wenn der Käufer mit Rücksicht auf die Erreichung eines andern Zweckes, z. B. um den Verkäufer zu einer Handlung zu bestimmen, zu theuer gekauft hat". Das. XIII. 312. — Verzicht ohne Kenntniß des Mehrwerths: Seuff. Arch. II. 356, IV. 213 Nr. 8, VIII. 243, XI. 30.

[8] Seuff. Arch. IV. 28. 213 Nr. 1, VI. 23, VII. 306, X. 245, XII. 138. Vgl. IX. 143.

[9] Seuff. Arch. II. 292, IV. 105. 213 Nr. 3. 7, XIII. 148, XVII. 231. 232, XIX. 133. Vgl. III. 317. — Ist die Vorschrift unanwendbar auch bei Versteigerungen? Dafür Seuff. Arch. IV. 213 Nr. 4, IX. 17; dawider VI. 323, XIII. 244, XX. 120. Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 160. Bei Handelsgeschäften? Dawider Thöl Handelsr. I §. 64 Note 20, Seuff. Arch. I. 47. Anders das HGB. Art. 286.

[10] Auf Grund der in Note 2 bezeichneten ausdehnenden Auslegung. Glück XVII S. 32. 122, Sintenis Anm. 218, Vangerow Nr. I a. E. Für Ausdehnung auf den Käufer: Seuff. Arch. I. 45, II. 275, III. 160, IV. 212. 213, VI. 322, VII. 296, XIX. 28; für Ausdehnung auf andere gegenseitige Verträge: das. I. 262, IV. 213, XI. 30, XIII. 148, XVII. 232, XIX 29. 133.

genug thut, wenn er dem Käufer den dauernden factischen Genuß des Rechts verschafft[1]. Dagegen finden hier keine Anwendung die Regeln über Verhaftung wegen nicht angezeigter Mängel; dieselben sind nur auf körperliche Sachen berechnet[2]. Im Besonderen ist anerkannt, daß der Verkäufer einer Forderung für die Güte, d. h. für die factische Realisirbarkeit derselben, nur dann haftet, wenn er die Garantie dafür übernommen, oder wenn er arglistigerweise eine schlechte Forderung verkauft hat[3].

Wird ein Vermögen oder ein Bruchtheil eines Vermögens verkauft, so bildet den juristischen Gegenstand des Kaufs nicht das Vermögen als solches; der Kauf löst sich auf in eine Reihe einzelner Käufe, und es gelten die entsprechenden Grundsätze, wie bei der Schenkung eines Vermögens (§. 368)[4].

2. Der Tausch*.

§. 398.

Der Tausch unterscheidet sich von dem Kaufe dadurch, daß in demselben nicht eine Sache gegen Geld, sondern eine Sache

§. 397. [1] L. 10 l. 46 §. 1 D. de evict. 21. 2. L. 46 §. 1 cit. „Si per alienum fundum mihi viam constitueris, evictionis nomine te obligari ait“. Bei dem Kaufe einer Forderung stellt sich das so, daß der Verkäufer erst dann haftet, wenn der Käufer nicht im Stande ist, von dem Schuldner (dem als Schuldner Bezeichneten) Leistung zu erlangen. In diesem Sinne sind zu verstehen l. 4. 5 D. de her. vel act. vend. 18. 4, l. 74 §. 3 D. de evict. 21. 2. Schliemann Haftung des Cedenten S. 72 fg. A. M. das OAG. zu Lübeck in dem Erkenntniß bei Seuff. Arch. XVI. 204. Vgl. §. 315 Note 4, und über die Frage nach der Gültigkeit des Kaufs einer nichtigen Forderung noch Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 101 fg., Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 225.

[2] Vgl. Schliemann Haftung des Cedenten S. 130 fg.

[3] L. 4 D. de her. vel act. vend. 18. 4, l. 74 §. 3 D. de evict. 21. 2. Schliemann a. a. O. S. 75. 108 fg. Vgl. §. 336 Note 3. — Verkauf einer Actie, die als entwendet aufgeboten ist: Seuff. Arch. XIV. 25.

[4] Die Quellen sprechen namentlich von dem Verkaufe einer Erbschaft (Dig. 18. 4 Cod. 4. 39 de hereditate vel actione vendita); außerdem von dem Verkauf eines Peculium, z. B. l. 33 D. de aed. ed. 21. 1, l. 5 D. de evict. 21. 2. Im Einzelnen s.: a) l. 14 §. 1 D. l. 6 C. tit. cit.; b) l. 7 C. eod.; c) l. 2 C. eod., dazu aber auch l. 1 C. eod. und §. 338; d) l. ult. D. de transact. 2. 15 (§. 331 Note 8). Unterholzner II S. 287—291.

§. 398. * Dig. 19. 4 de rerum permutatione. Cod. 4. 64 de rerum permu-

gegen eine Sache hingegeben wird[1]. Die Verpflichtungen, welche aus dem Tausche entstehen, unterliegen, wie die aus dem Kaufe, dem freien richterlichen Ermessen[2]. Auch im Einzelnen haben sie zum größten Theil den gleichen Inhalt, wie die aus dem Kaufe, und namentlich finden auch die Bestimmungen wegen Mängel und fehlender Vorzüge auf den Tausch Anwendung[3]; nur der Unterschied besteht, daß beim Tausch jeder der Contrahenten verpflichtet ist, dem andern Eigenthum zu verschaffen, und daher nicht erst wegen Entwehrung haftet[4].

3. Die Miethe*.

a. Begriff und Abschluß.

§. 399.

Die Miethe ist gerichtet auf den Umsatz von Gebrauch gegen Geld. Der Vermiether sagt dem Miether den Gebrauch einer

---

tatione et praescriptis verbis. — Glück XVII S. 76—128; Unterholzner II §. 486, Sintenis II §. 115.

[1] Stellen §. 385 Note 9.

[2] L. 2 C. h. t.

[3] L. 19 §. 5 D. de aed. ed. 21. 1, l. 2 D. h. t. Ueber die Berechnung des Minderwerths s. Bähr Arch. f. prakt. RW. VII S. 70 fg.

[4] L. 1 §. 3 vgl. pr. D. h. t., l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Diese Bestimmung hält für heutzutage unanwendbar v. d. Pfordten Abhandlungen S. 294, vgl. S. 248 fg. Auch Arndts §. 308 erwähnt ihrer nicht. — Nach römischem Recht bestand ein noch viel wichtigerer Unterschied zwischen Kauf und Tausch darin, daß letzterer nicht Consensualcontract war, folglich eine Verpflichtung nicht aus der Tauschberedung als solcher, sondern erst aus dem durch Geben und Nehmen neu abgeschlossenen (Real-) Vertrag entstand (l. 1 §. 2 l. 3 C. h. t.), weßwegen der Gebende bei ausbleibender Gegenleistung, oder auch nach freier Willkühr (§. 321 Note 11), das Gegebene zurückfordern konnte, l. 1. 4. 5. 7 C. h. t., l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. — Ueber die Zulässigkeit des Rücktritts wegen Verletzung über die Hälfte s. §. 396 Note 2 und 10.

* Inst. 3. 24 de locatione et conductione. Dig. 19. 2 locati conducti. §. 399.
Cod. 4. 65 de locato et conducto. — Kritz Pandektenrecht Th. I Bd. 1 S. 191—384 (1837). Glück XVII S. 264—500. XVIII S. 1—60; Unterholzner II S. 316—358, Sintenis II §. 118. — Der Aufsatz von Degenkolb in: Platzrecht und Miethe (1867) S. 127—222 ist vorwiegend rechtshistorischer Natur.

Sache[1], oder den Gebrauch einer (regelmäßig seiner[2]) Arbeitskraft zu, der Miether verspricht dafür dem Vermiether Geld. Die Römer bezeichnen die Miethe, wie den Kauf, gewöhnlich von ihren beiden Seiten[3]. Heutzutage spricht man im Leben in gewissen Fällen von Pacht[4]; der Ausdruck Miethe im juristischen Sinne umfaßt auch die Pacht. Die Miethe, welche den Gebrauch einer Sache zum Gegenstand hat, heißt Sachmiethe; die Miethe, welche den Gebrauch einer Arbeitskraft zum Gegenstand hat, heißt Dienstmiethe[5]. Ein besonderer Fall der Dienstmiethe ist der, wo der Vertrag nicht sowohl auf die Dienste als solche, als vielmehr auf das durch dieselben herzustellende Arbeitsresultat gerichtet ist[6]. Diesen besonderen Fall bezeichnet der Ausdruck Werkverdingung, oder auch Verdingung schlechthin[7]. — Die Sache, welche ver-

---

[1] Der Ausdruck Gebrauch wird hier in weiterem Sinne genommen, so daß er den Fruchtgenuß mit umfaßt.

[2] Die Vermiethung der Dienste eines Fremden setzt die Befugniß voraus, über die Dienste desselben auch zu Gunsten Anderer zu verfügen. Aus den Quellen gehört hierher die locatio operarum liberti (l. 25 D. de op. lib. 38. 1), während die Römer in der Vermiethung der Dienste eines Sclaven eine Vermiethung des Sclaven selbst sehen. Vgl. Seuff. Arch. XI. 238.

[3] Locatio et conductio. Locare heißt vermiethen, conducere miethen. Vgl. übrigens l. 20 D. de A. E. V. 19. 1, und z. B. l. 1 §. 1 D. de superf. 43. 18, l. 2 pr. D. de adm. rer. 50. 18.

[4] Namentlich wenn ein fruchttragendes Grundstück den Gegenstand des Vertrages bildet. Auch bei Gefällen, Gewerberechten u. dgl. wird die Bezeichnung gebraucht. Die Römer unterscheiden im Ausdruck zwar nicht Pacht und Miethe, wohl aber den Pächter eines fruchttragenden Grundstücks als colonus, und den Miether eines Hauses als inquilinus (habitator, insularius).

[5] Locatio conductio rei, operarum.

[6] Z. B. es soll mir der Holzhauer mein Holz zerkleinern, der Schneider mir aus einem ihm übergebenen Stück Tuch ein Kleid herstellen, der Maurermeister mir ein Gebäude errichten, der Frachtfuhrmann, die Eisenbahn mir Waaren transportiren. Vgl. l. 9 §. 5 l. 11 §. 3 l. 13 §. 1—6 l. 19 §. 7 l. 25 §. 7 l. 51 §. 1 D. h. t. Seuff. Arch. X. 256, XVIII. 33.

[7] Die Römer sagen locatio conductio operis, so aber, daß locare das Verdingen bezeichnet, also locator derjenige ist, welcher sich die Arbeit versprechen läßt, während conductor der Arbeitende ist. Vgl. jedoch auch l. 22 §. 2 D. h. t. „Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est; locat enim artifex operam suam, i. e. faciendi necessitatem“.

miethet wird, kann eine bewegliche oder unbewegliche, eine körperliche oder unkörperliche[8], eine eigene oder fremde[9] sein, auch eine eigene Sache des Miethers, wenn sie eben als solche vermiethet wird[10]. Auch daß eine Sache im Verkehre gewöhnlich als verbrauchbare in Betracht kommt, thut der Möglichkeit ihrer Vermiethung keinen Eintrag, wenn sie nur neben ihrem bestimmungsgemäßen Gebrauch noch einen andern zuläßt, durch welchen sie nicht aufgebraucht wird[11]. — Besteht die Gegenleistung des Miethers in etwas Anderem als Geld, so spricht man nicht von Miethe[12]. Eine Ausnahme bildet nur die Pacht eines fruchttragenden Grundstücks; hier kann die Gegenleistung auch in einer Quote der Früchte bestehen[13].

Für den Abschluß des Miethvertrages gelten die gleichen Grundsätze, wie für den Abschluß des Kaufvertrages (§. 386. 387). Der Miethvertrag ist abgeschlossen, sobald die Parteien über die wesentlichen Punkte desselben, Miethsache und Miethgeld, einig geworden sind; es müßte denn über andere Punkte vorher verhandelt worden, und darüber Uneinigkeit geblieben sein[14].[15]

---

[8] So kann namentlich vermiethet werden: der Nießbrauch (l. 12 §. 2 l. 38 D. de usufr. 7. 1), das Wohnungsrecht (l. 13 C. de usufr. 3. 33), die Emphyteusis und Superficies, eine Grunddienstbarkeit (mit dem herrschenden Grundstück, Seuff. Arch. XIV. 12), das Recht auf eine periodische Leistung (z. B. ein Zehntrecht), ein Gewerbeprivilegium. In den Quellen ist auch viel von der Verpachtung öffentlicher Gefälle (vectigalia) die Rede, vgl. z. B. l. 16 D. de V. S. 50. 16; tit. D. de . . . vectigalibus et commissis 39. 4. Verpachtung eines „Geschäftes": Seuff. Arch. XVI. 213.

[9] S. z. B. l. 7 l. 9 pr. §. 6 D. h. t.

[10] L. 29 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 35 §. 1 l. 37 D. de pign. act. 13. 7, l. 37 l. 28 D. de acq. vel am. poss. 41. 2. Miethet dagegen Jemand eine eigene Sache in dem Glauben, es sei eine fremde, so ist der Vertrag ungültig, l. 20. 23 C. h. t., l. 15 D. dep. 16. 3, l. 21 D. de usurp. 41. 3, l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17. Ebenso wird der Miethvertrag hinterher ungültig, wenn der Miether das Eigenthum der gemietheten Sache erwirbt, l. 9 §. 6 D. h. t. S. aber auch §. 400 Note 18.

[11] Arg. l. 3 §. 6 l. 4 D. commod. 13. 6 (§. 374 Note 3).

[12] L. 5 §. 2 D. de praescr. verb. 19. 5, §. 2 I. h. t.

[13] L. 25 §. 6 D. l. 8. 21 C. h. t. Vgl. übrigens Gesterding Ausbeute IV. 1 S. 141 fg., Sintenis Anm. 4.

[14] L. 1 l. 2 pr. D. h. t., l. 24 C. h. t. Im Einzelnen s.: a) l. 25 pr. D. h. t. (vgl. §. 386 Note 5 a. E., Seuff. Arch. XVII. 31); b) §. 1 I. h. t.,

b. Verpflichtungen.

α. Sachmiethe.

§. 400.

Die Verpflichtungen aus dem Miethvertrage stehen unter freiem richterlichen Ermessen[1]. Die Hauptpunkte sind, was zunächst die Sachmiethe angeht, folgende.

1. Der Vermiether muß dem Miether den Gebrauch der vermietheten Sache mit ihren Zubehörungen[2] gewähren[3]. Ist er dazu nicht im Stande, weil er eine Sache vermiethet hat, an welcher er nicht das gehörige Recht hatte, so haftet er dem Miether auf das Interesse, in gleicher Weise wie bei jeder anderen ursprünglichen, bloß subjectiven Unmöglichkeit (§. 264. 315)[4]. Tritt

---

l. 22 pr. D. de praescr. verb. 19. 5, s. aber auch l. 5 §. 10 i. f. D. de inst. act. 14. 3 (Miethvertrag ohne ausdrückliche Ausmachung des Miethpreises, vgl. Pfeiffer prakt. Ausführungen VII. 7, Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VII. 1, Holzschuher III §. 303 Nr. 1, Seuff. Arch. IV. 216, VIII. 259, XII. 154 [s. auch I. 354, VIII. 59, IX. 174, XV. 135]); c) l. 46 l. 20 §. 1 D. h. t., l. 10 §. 2 D. de acq. vel am. poss. 41. 2; d) l. 20 pr. D. h. t.

[15] Das römische Recht verbietet Pachtungen den Decurionen (l. 30 C. h. t.), den Soldaten (l. 31. 35 C. h. t., l. 50 D. h. t.), den Geistlichen (Nov. 123 c. 6); den Beamten des kaiserlichen Kronvermögens Pachtungen von Ländereien, welche zu diesem Kronvermögen gehören (l. un. C. quib. ad cond. praed. fisc. 11. 72). Dieß sind Sätze des römischen Verwaltungsrechtes, welche auf heutige Anwendbarkeit keinen Anspruch machen können. Außerdem sind Vormündern vor abgelegter Vormundschaftsrechnung fiscalische Pachtungen bei Strafe der Fälschung verboten, l. 49 pr. §. 1 D. h. t., l. un. C. ne tut. vel cur. 5. 41. Vgl. überhaupt Glück XVII S. 297 fg.

§. 400. [1] Die actio locati (die actio des Vermiethers) und die actio conducti (die actio des Miethers) sind actiones bonae fidei, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 17 C. h. t.

[2] L. 19 §. 2 D. h. t.

[3] Er muß ihm das uti frui licere praestare. S. z. B. l. 15 §. 1 l. 24 §. 4 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. IV. 34, XVIII. 238.

[4] L. 7. 8 l. 9 pr. §. 1 l. 15 §. 8 l. 35 pr. D. h. t. Unterholzner S. 333 Note f, Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 316—320. In l. 9 pr. cit. wird auf den Miether, welchem der Besitz der Sache von einem besser Berechtigten genommen wird, auch der Ausdruck evictio angewendet. Vgl. mit Müller Lehre von der Eviction S. 123 fg. Bekker a. a. O. S. 243 fg., und oben §. 392 Note 3. Seuff. Arch. XII. 235.

die Unmöglichkeit der Gewährung hinterher ein, so haftet der Vermiether auf das Interesse, wenn er an der Unmöglichkeit Schuld ist; sonst ist er frei, bekommt aber auch kein Miethgeld[5]. Schuld ist nicht bloß Arglist, sondern auch jede Nachlässigkeit[6]. Ein besonderer Fall der Schuld ist der, wo der Vermiether sich selbst durch eine Veräußerung in die Unmöglichkeit versetzt, den Gebrauch der Sache zu gewähren[7]. Zur Gewährung des Ge=

---

[5] L. 9 §. 3. 4 l. 19 §. 6 l. 30 pr. §. 1 l. 33. 34. 35 pr. l. 60 pr. D. h. t., l. 12 C. h. t.; l. 27 pr. D. h. t.; l. 9 §. 2 l. 55 pr. D. h. t. Vgl. §. 321 Note 16. Degenkolb a. a. O. (§. 399 Note *) S. 189 fg. erklärt jetzt den Unterschied, welcher für Miether und Käufer in Beziehung auf die Tragung der Gefahr gilt (§. 321 Note 19) so: der Käufer ist zufrieden, für die von ihm eingegangene Verpflichtung die Verpflichtung des Verkäufers zu erhalten; nicht so der Miether, wegen seiner mehr precären Stellung (der Vermiether behält die Besitzesrechte, und kann den Miether austreiben wegen nöthiger Reparatur und eigenen Gebrauchsbedarfes). — Seuff. Arch. VI. 188, VIII. 252, XIV. 227, XV. 221.

[6] L. 5 §. 2 D. commod. 13. 6, l. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 28 C. h. t.

[7] Hierüber bemerke man Folgendes. a) Der Erwerber treibt den Miether kraft seines dinglichen Rechtes aus, l. 25 §. 1 l. 32 D. l. 9 C. h. t., l. 59 §. 1 D. de usufr. 7. 1, l. 120 §. 2 D. de leg. I° 30. Dieß ist der wahre Sinn der Rechtsparömie: Kauf bricht Miethe. (Der Erwerber ist dabei auch an keine Kündigungsfrist gebunden. Anders Seuff. Arch. VIII. 42.) b) Dagegen wird durch die Veräußerung das Miethverhältniß nicht aufgelöst, weder zu Gunsten des Vermiethers, welcher jetzt dem Miether Schadensersatz leisten muß (l. 25 §. 1 l. 32 D. h. t., l. 120 §. 2 D de leg. I° 30), noch zu Gunsten des Miethers, welcher nach wie vor Miethgeld zahlen muß, wenn der Vermiether ihm, etwa in Folge einer Vereinbarung mit dem Erwerber (l. 25 §. 1 l. 58 pr. D. l. 9 C. h. t.. vgl. l. 50 D. de I. F. 49. 14), den Gebrauch der Sache trotz der Veräußerung gewährt (über l. 32 D. h. t. s. §. 361 Note 5). c) Der Schaden, welchen der Miether dadurch erleidet, daß der Erwerber ihm die Sache nimmt, ist oft schwer nachzuweisen; überdieß sind, namentlich bei der Hausmiethe, die Interessen, welche dadurch gekränkt werden, nicht immer bloß Vermögensinteressen. Kann der Miether sich nicht in anderer Weise helfen? *α*) Man hat gefragt, wie (in dem Falle, wo die ganze Sache vermiethet ist) gegen den Willen des Miethers die Tradition beschafft werden könne? Sie kann beschafft werden durch constitutum possessorium; dafür beweist l. 30 §. 6 D. de acq. vel am. poss. 41. 2. Will man dieß nicht annehmen, wie es denn freilich bestritten ist, so ist zu sagen, daß der Miether, indem er den Erwerber nicht zuläßt, für den Vermiether das interd. uti possidetis begründet, l. 3 §. 3 D. uti poss. 43. 17. L. 12 und l. 18 D.

brauchs gehört auch, daß die Sache in gutem Zustande erhalten werde[8]. — Hat die vermiethete Sache einen den Gebrauch beeinträchtigenden Fehler, so haftet der Vermiether dem Miether auf das Interesse, wenn er den Fehler arglistigerweise verschwiegen hat, ferner wenn er die Abwesenheit desselben ausdrücklich oder stillschweigend zugesagt hat; jedenfalls aber bekommt der Vermie-

---

de vi 43. 16 gehören nicht hierher; sie handeln von dem Falle, wo der Miether die Sache nicht kraft seines Miethrechts retiniren, sondern als eigene besitzen will. Deßwegen darf man auch nicht, wie auch ich in der ersten Auflage gethan habe, einen Schutz des Miethers gegen die possessorische Klage des Vermiethers aus den Schlußworten der l. 12 cit. „nisi forte propter iustam et probabilem causam id fecisset" herleiten wollen. Diese Worte wollen eben nur sagen, daß in der Retention auf Grund des Miethvertrags keine Besitzentsetzung liege, vgl. l.20 D. de acq. vel am. poss. 41. 2. Freilich, soweit aus der eigenen Erklärung des Vermiethers in der Klage eine Verpflichtung desselben, dem Miether die Sache zu lassen, hervorgeht, kann dem letzteren nicht verwehrt werden, diese Verpflichtung auch gegen die possessorische Klage einredeweise geltend zu machen. Vgl. über die verschiedenen Ansichten die Uebersicht in der unten citirten Schrift von Ziebarth S. 1 fg. und diese Schrift selbst. β) Das OAG. zu Rostock hat am 15. April 1850 erkannt (Buchka und Budde Entscheidungen I S. 54), daß der Miether gegen die bevorstehende Veräußerung ein dieselbe bei Strafe der Nichtigkeit verbietendes gerichtliches Inhibitorium erwirken könne. γ) Die Beredung zwischen dem Vermiether und dem Erwerber, wodurch die Fortdauer des Miethverhältnisses ausgemacht wird, kommt zwar an und für sich dem Miether nicht zu Gute. Insofern aber darin eine wirkliche Schuldübernahme liegt, kann allerdings der Miether durch seinen Beitritt ein Forderungsrecht gegen den Erwerber auf Gewährung des Gebrauchs erlangen (§. 340 Note 4). Es kann ferner der Vermiether seinen Anspruch aus einer solchen Beredung dem Miether cediren, ja er ist zu dieser Cession aus dem Miethvertrag verpflichtet. Vgl. auch das Urtheil des OAG. zu Rostock vom 23. September 1861 bei Buchka u. Budde Entscheidungen V S. 269—270 (welches auf Grund des bei §. 330 Note 12 bezeichneten Satzes dem Miether die Geltendmachung des Anspruchs des Vermiethers auch ohne Cession gewährt). — Vgl. überhaupt: Gesterding Ausbeute III S. 215—276 (1830). Schmid Handb. des gem. deutsch. R. I S. 85 fg. (1847). Dernburg d. ä. Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht u. Civilprozeß Nr. 1 (1849). Träger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII. 3 (1861). Friedlieb das. XIX. 16 (1862). Ziebarth die Realexecution und die Obligation. Mit besonderer Rücksicht auf die Miethe (1866). Glück XVIII S. 11 fg. Sintenis II S. 664—667, Vangerow III §. 643 Anm. 2, Kuntze zu Holzschuher III §. 299 Nr. 11. (Die zuvor erwähnte Schrift von Ziebarth, die neueste Stimme über unseren Gegenstand, gelangt für das heutige Recht zu dem Resultate, daß der Miether durch

ther, soweit der Gebrauch der Sache durch den Fehler beeinträchtigt wird, kein Miethgeld[9]. — Für Verwendungen, welche der Miether auf die Sache gemacht hat, muß der Vermiether Ersatz geben, wenn sie nothwendig waren oder sonst in seinem Interesse lagen; für Verwendungen anderer Art hat der Miether nur das Recht der Wegnahme[10]. — Endlich hat der Vermiether die Lasten der Sache zu tragen[11].

2. Der Miether ist verpflichtet, das Miethgeld zu zahlen: wenn nichts Anderes ausgemacht ist, **nach** gemachtem Gebrauch[12]. Diese Verpflichtung des Miethers fällt dadurch nicht weg, daß er von der ihm zur Verfügung gestellten Sache keinen Gebrauch gemacht hat[13], nicht einmal dadurch, daß er von derselben keinen

---

den Käufer zwar ausgetrieben werden könne, aber nur gegen eine von **von diesem** zu leistende Entschädigung. Das Operationsmittel des Verf. ist das I §. 43 Note 6 erwähnte „Recht zur Sache", welches durch Hinzutritt des Besitzes zum absoluten Recht werde. Vgl. über und gegen diese interessante, aber in ihren Hauptergebnissen unhaltbare, Schrift jetzt **Degenkolb** krit. VJSchr. IX S. 191 fg.)

[8] L. 15 §. 1 l. 19 §. 2 l. 25 §. 2 D. h. t., l. 13 §. 6 D. de damno inf. 39. 2.

[9] L. 19 §. 1 D. h. t., l. 6 §. 4 D. de A. E. V. 19. 1; vgl. l. 45 §. 1 D. h. t. Kannte der Miether den Mangel, so hat er natürlich keinen Entschädigungsanspruch. L. 13 §. 6 D. de damno inf. 39. 2. **Sintenis** S. 655. — Vgl. **Seuff.** Arch. XII. 149. 150 (I. 338, VII. 31, XVI. 214).

[10] L. 55 §. 1 l. 19 §. 4 D. h. t. L. 55 §. 1 cit. „In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit vel aedificaverit vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea, quae impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest". **Sintenis** Anm. 68. — Darf der Pächter die Sachen, welche er mit dem Pachtobject verbunden hat, auch gegen den Willen des Verpächters, der sie gegen Ersatz ihres Werthes behalten will, wieder wegnehmen? **Seuff.** Arch. VII. 30, XVI. 108.

[11] L. un. §. 3 D. de via publ. 43. 10, l. 4 l. 20 §. 4 C. de agric. 11. 47, l. 32 §. 6 D. de adm. tut. 26. 7. Ueber Einquartierungslasten s. **Glück** XVII S. 395 fg., **Puchta** §. 366. c, **Vangerow** III §. 641 Anm. 2, **Sintenis** Anm. 69, **Holzschuher** III §. 299 Nr. 9.

[12] Arg. l. 24 §. 2 D. h. t. Eine stillschweigende Bestimmung über die Zeit der Zahlung des Miethgeldes liegt darin, daß dasselbe auf So und So viel für einen gewissen Zeitabschnitt festgesetzt wird; hier muß nach Ablauf eines jeden Zeitabschnittes gezahlt werden.

[13] L. 24 §. 2 l. 27 §. 1 l. 55 §. 2 D. h. t.

Gebrauch machen konnte[14]; in beiden Fällen jedoch vorausgesetzt, daß der Vermiether den Gebrauch der Sache nicht in anderer Weise verwerthet hat[15]. Besonderes gilt für den Pächter eines fruchttragenden Grundstücks[16]: derselbe kann, wenn die Fruchtgewinnung eines Jahres durch außerordentliche Unglücksfälle in beträchtlichem Grade geschmälert wird, einen Nachlaß am Pachtgelde verlangen, muß jedoch außergewöhnlich reiche Jahre mit den Mißjahren ausgleichen[17]. — Der Miether ist ferner verpflichtet, nach Beendigung der Miethzeit die gemiethete Sache wieder herauszugeben. Dieser Verpflichtung kann er sich auch durch Berufung auf sein Eigenthumsrecht nicht entziehen, wenn der Vermiether dasselbe bestreitet; der Miether muß die Sache herausgeben, und sein Eigenthumsrecht in einem besonderen Processe geltend machen[18]. Verweigerung der Rückgabe zieht Verurtheilung auf das Doppelte nach sich[19]. Ist dem Miether die Rückgabe unmöglich, oder kann er die Sache nur in verschlechtertem Zustande zurückgeben, so haftet er dem Vermiether auf das Interesse, wenn die Unmöglichkeit oder die Verschlechterung in Folge seiner Arglist[20] oder seiner Nachlässigkeit eingetreten

---

[14] L. 61 §. 1 D. h. t. und arg. l. 19 §. 9. 10 eod.

[15] L. 19 §. 9. 10 D. citt.

[16] W. Sell Arch. f. civ. Pr. XX. 9 (1837). Jacobi über Remission des Pachtzinses nach römischem und preußischem Recht (1856). Vangerow III §. 641 Anm. 1, Sintenis II S. 657—660, Holzschuher III §. 299 Nr. 6. Ueber eine besondere Frage aus dieser Lehre: Albert über Remissionsentsagung des Pachters (1821).

[17] L. 15 §. 2—5. 7 l. 25 §. 6 D. l. 8 C. h. t., c. 3 X. de loc. 3. 18. Außergewöhnliche Unglücksfälle: z. B. Ueberschwemmung, Dürre, Hagelschlag, Vogelfraß, Kriegsverwüstung; nicht etwa auch: „si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint", l. 15 §. 2. 3. 4 citt. Schmälerung des Fruchtgewinnes: anders, wenn die geernteten Früchte von einem Unglücksfall betroffen worden sind. Beträchtliche Schmälerung: l. 25 §. 6 cit. Compensation: dieselbe erstreckt sich auch auf Nachzahlung des Erlassenen, l. 15 §. 4 l. 8 C. citt., c. 3 X. cit.

[18] L. 25 C. h. t. Diese Stelle, wie Thon (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 24) und nach ihm Sintenis Anm. 104 thun, auf den Fall zu beschränken, wo der Miether das Eigenthum nach Abschluß des Vertrages erworben hat, ist kein Grund vorhanden.

[19] L. 10 C. unde vi 8. 4, l. 34 C. h. t. (§. 263 Note 10. 15).

[20] L. 25 §. 5 l. 43 D. h. t. Hierher gehört es auch, wenn der Miether

ist[21]; für Zufall steht er nur dann ein, wenn dieß bedungen ist[22], oder im Fall der Unterschlagung[22a]. — Die Sache weiter zu vermiethen, ist dem Miether, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht ist, nicht verboten[23].

β. Dienstmiethe.

§. 401.

Der Vermiether ist verpflichtet die versprochenen Dienste zu

---

die Sache anders gebraucht, als ihm nach den Bestimmungen des Miethvertrages erlaubt ist. Er steht in diesem Falle für alle Folgen ein, welche ohne diese Vertragsverletzung nicht eingetreten sein würden, auch wenn sie ihm an und für sich nicht zur Schuld gereichen, l. 11 §. 1. 4 l. 12 D. h. t. Vgl. l. 13 §. 3 eod. und §. 375 Note 10.

[21] L. 5 §. 2 D. commod. 13. 6, l. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 28 C. h. t.; l. 9 §. 3 l. 11 §. 2 l. 19 §. 2 l. 25 §. 3 l. 30 §. 2 D. h. t.; l. 11 pr. l. 30 §. 4 D. h. t.; l. 27 §. 9. 11 D. ad leg. Aq. 9. 2 (vgl. l. 11 D. de per. et comm. 18. 6 und Ubbelohde Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 216—219); l. 13 §. 7. 8. l. 25 §. 4 D. h. t.

[22] L. 9 §. 2 l. 30 §. 4 D. h. t. Hierher gehört auch der Fall, wenn die Miethsache gegen eine Taxe in dem Sinne hingegeben wird, daß entweder die Sache oder die Taxe zurückgegeben werden soll, l. 54 §. 2 D. h. t. Diese Verabredung ist namentlich bei dem Pachtvertrage in Betreff des mitübergebenen Viehbestandes und anderen Gutsinventars häufig (s. g. Eisernviehvertrag, contractus socidae, — welcher Vertrag aber auch in Betreff einer Viehherde als solcher, ohne daß dieselbe als Gutsinventar in Betracht kommt, abgeschlossen werden kann). Die Neueren pflegen in dem Fall einer solchen Verabredung von einer locatio conductio irregularis zu reden. Nicht zu verwechseln ist der Fall, wenn die Schätzung in dem Sinne gemacht wird, daß die Schätzungssumme unbedingt an die Stelle der übergegebenen Sache treten soll. In diesem Falle, von welchem l. 3 D. h. t. handelt, liegt kein Miethvertrag mehr vor, sondern ein Kaufvertrag mit Creditirung der Kaufsumme. Vgl. überhaupt W. Sell Arch. f. civ. Pr. XIX S. 304—317, Chambon Beiträge zum Obligationenrecht S. 12 fg., Sintenis Anm. 15, Beseler deutsches Privatr. S. 839—840. 841 fg. Auch Holzschuher III §. 298 Nr. 6.

[22a] Arg. L. 1 §. 25 D. dep. 16. 1. Vgl. §. 375 Note 10a.

[23] L. 6 C. h. t., l. 30 l. 58 pr. D. h. t., vgl. l. 13 §. ult. D. de usufr. 7. 1. Natürlich wird aber dadurch weder an dem Rechtsverhältniß zwischen Vermiether und Miether etwas geändert, noch ein Rechtsverhältniß zwischen Vermiether und Aftermiether begründet. Seuff. Arch. III. 48. S. jedoch auch I §. 231 Note 5, II §. 342 Note 42.

leisten oder zu verschaffen, bez. das versprochene Arbeitsresultat herzustellen, so wie die ihm beim Miethvertrage überlieferten Sachen zurückzugeben[1]; der Miether ist verpflichtet, das Miethgeld zu zahlen[1a]. Der Vermiether haftet auch hier nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen Nachlässigkeit[2]; außerdem steht er dafür ein, daß er die Fähigkeiten, zu welchen er sich ausdrücklich oder stillschweigend bekannt hat, wirklich habe[3]. Bedient er sich bei der Dienstleistung oder Arbeitsausrichtung eines Gehülfen oder Vertreters, so ist zu unterscheiden, ob ihm dieß nach dem Sinne des Vertrages erlaubt war oder nicht; im letzten Fall steht er für die Handlungen des Gehülfen ꝛc. unbedingt ein[4], im ersten Fall nur insofern, als er bei der Auswahl nicht die gehörige Sorgfalt aufgewendet hat[5]. Wird ihm das Leisten der

§. 401. [1] L. 22 l. 14 C. h. t. Vgl. l. 26 D. h. t. „In operis duobus simul locatis convenit priori conductori ante satisfieri".

[1a] Bei der Werkverdingung mit Zinsen nach Ueberlieferung der gefertigten Arbeit, nach Analogie des für den Kaufvertrag Geltenden (§. 389 Note 18)? Nein: Seuff. Arch. XIII. 10. — Für den an den Werkzeugen des Arbeitenden enstandenen Schaden ist der Miether zum Ersatz nicht verpflichtet. L. 2 §. 1 C. de leg. Rhodia 14. 2. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck II S. 421.

[2] L. 5 §. 2 D. commod. 13. 6, l. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 28 C. h. t.; l. 13 pr. — §. 4. 6 l. 25 §. 7 D. h. t.

[3] L. 9 §. 5 D. h. t. „Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam . . . scripsit; . . . quippe ut artifex . . . conduxit". L. 11 §. 5 D. h. t., l. 27 §. 29 D. ad leg. Aquil. 9. 2. — Vorbehaltlose Annahme der Arbeit beraubt nicht der Ansprüche wegen der Fehler, welche dem Annehmenden ohne seine Schuld verborgen waren. Seuff. Arch. VIII. 43, X. 256, XII. 153, vgl. XVI. 27.

[24] Vgl. l. 19. 21. 23 D. pro socio 17. 2, l. 55 pr. §. 2 D. de adm. tut. 26. 7.

[5] Das Gesagte folgt aus der Natur der Sache. Durfte derjenige, welcher sich die Arbeit versprechen läßt, nach Lage der Umstände nicht darauf rechnen, daß die Arbeit allein durch denjenigen, welcher sie verspricht, werde ausgeführt werden, so ist es der bona fides nicht gemäß, daß der Versprechende für mehr einstehe, als für culpa in eligendo. Analoge Entscheidungen in l. 21 §. 3 D. de neg. gest. 3. 5, l. 45 §. 1 D. fam. herc. 10. 2, l. 10 §. 1 l. 11 l. 20 D. commod. 13. 6. A. M. Puchta Vorlesungen zu §. 302 (S. 160 unt. in der 4. Aufl.), Ubbelohde Arch. f. prakt. RW. VII S. 229 fg. (1860) und Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 199 fg. (1864), und, was die Werkverdingung angeht, Burchardi über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine

Dienste ohne seine Schuld unmöglich, so gilt auch in dieser Beziehung die gleiche Regel, wie bei der Sachmiethe: der Vermiether haftet zwar seinerseits nicht, bekommt aber auch keine Gegen-

Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen (Kiel 1861); vgl. auch Ihering Jahrb. f. Dogm. VI S. 84—85 u. Schuldmoment S. 47. Die Grundvorstellung der drei zuerst genannten Schriftsteller ist die gleiche: nach dem Sinne des abgeschlossenen Vertrages nehme der Arbeitende die Gefahr der Verschuldung der von ihm gebrauchten Gehülfen auf sich. Eine Rechtfertigung dieser Annahme hat Puchta nicht versucht; Ubbelohde (Zeitschr. S. 267 fg.) sieht sie darin, daß der Arbeitende in der Lage sei, sich durch Erhöhung des Lohns eine „Assecuranzprämie" für die übernommene Gefahr zu verschaffen; Burchardi (S. 145) argumentirt so: der Uebernehmer verspricht die Herstellung eines Werkes, damit übernimmt er die Verantwortlichkeit für die Mittel, welche er zur Herstellung desselben verwendet. Ich kann der Beweisführung Ubbelohde's keine überzeugende Kraft zugestehen; in der Argumentation Burchardi's aber sehe ich lediglich eine petitio principii (der Arbeitende verspricht die Herstellung eines Werkes in keiner anderen Weise, als der Leihende die Rückgabe der geliehenen Sache verspricht, und s. l. 10 §. 1 l. 11 l. 20 D. commod. 13. 6), und keine Verbesserung dieser Argumentation in dem, was Burchardi hinzugefügt: der Unternehmer, welcher Mittel verwende, durch welche die Erfüllung seiner Obligation nicht herbeigeführt werde, sei Schuld an ihrer Nichterfüllung (vgl. auch Ubbelohde S. 221 fg.). Auch die Quellenäußerungen, auf welche sich die genannten Schriftsteller berufen, sind nicht geeignet, ihre Behauptung zweifellos zu machen. Es kommen hier folgende Stellen in Betracht: 1) L. 25 §. 7 D. h. t. cit. „Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset". Es heißt hier: „eorum*que*" nicht „eorum*ve*"; also wird culpa sowohl bei dem Unternehmer für erforderlich erklärt (culpa in eligendo), als bei dem Gehülfen. Will man aber dieß auch nicht annehmen, also nicht annehmen, daß der Verfasser der Stelle die „culpa ipsius" als culpa in eligendo gedacht habe, so ist doch die andere Annahme vollkommen erlaubt, daß er culpa in eligendo vorausgesetzt habe. Diese Annahme ist nicht gewagter, als sie es in l. 20 §. 2 D. de praescr. verb. 19. 5 ist, wo sie durch l. 10 §. 1 l. 11 l. 20 D. commod. 13. 6 nothwendig gemacht wird (a. M. Burchardi a. a. O. S. 85 fg.). In ähnlicher Weise drücken sich ungenau aus l. 12 §. 1 D. commod. 13. 6 und l. 65 pr. D. de usufr. 7. 1 (vgl. l. 11 pr. D. h. t., l. 27 §. 9. 11 D. ad leg. Aq. 9. 2; a. M. auch hier Burchardi S. 106 fg.). 2) L. 40. 41 D. h. t. Hier heißt es, daß, wer „mercedem accipit pro custodia alicuius rei", auch den von den bestellten custodes selbst angerichteten Schaden vergüten müsse. Dieser Stelle gegenüber steht eine doppelte Erklärung offen, entweder: a) daß auch hier vorausgesetzt werde, daß bei der Auswahl der custodes ein Fehler ge-

leistung[6]. Dagegen geht er des Anspruchs auf die Gegenleistung dadurch nicht verlustig, daß der Miether die ihm zur Verfügung gestellten Dienste nicht abnimmt, gleichgültig, ob mit oder ohne seine Schuld, und vorausgesetzt nur, daß der Vermiether seine Dienste nicht anderweitig verwerthet hat[7]. Auch dadurch verliert

---

macht worden sei; oder b) daß angenommen werde, dem Sinne des Vertrages nach sei persönliche custodia versprochen worden, vgl. §. 384 Note 6. (Andere Auffassung bei Burchardi S. 80 fg., welcher diese Stelle nicht für sich geltend macht). 3) L. 60 §. 7 i. f. D. h. t.: — „illam quoque culpam me tibi praestaturum aio, quod eum elegissem, qui eiusmodi damno te afficeret". Die culpa, von welcher hier die Rede ist, ist nicht die culpa des gebrauchten Sclaven, sondern die des Vermiethers (s. gegen Burchardi S. 129 Ubbelohde S. 281), also eben die culpa in eligendo; unter culpa hier schuldlose Schuld, also Veranlassung zu verstehen (vgl. l. 7 §. 4 D. nautae 4. 9, l. 5 §. 6 D. de O. et A. 44. 7, l. 23 D. pro soc. 17. 2), ist ganz willkührlich. Vgl. auch l. 10 §. 1 D. commod. 13. 6 in Verbindung mit l. 11 l. 20 eod. 4) L. 13 §. 1 D. h. t. Entscheidend sind auch hier die Worte: „si culpa caret". 5) L. 5 §. 8. 10 D. de inst. act. 14. 3. Es handelt sich hier nicht von einer Verhaftung aus eigenem Contract für die Schuld des Gehülfen, sondern von einer Verhaftung aus der Schuld des Gehülfen. S. §. 482 Note 15. 6) L. 19. 21. 23 D. pro soc. 17. 2. S. Note 4. — Uebereinstimmend mit dem hier Gelehrten: Hasse Culpa S. 408 fg., Thöl Handelsr. I §. 33 zu Note 3 u. 4, Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. III S. 93 unt. S. 368, v. Wyß die Haftung für fremde Culpa S. 97 fg. Doch ist Goldschmidt (S. 362) geneigt, für den Landtransportvertrag (vgl. §. 384 Note 9) ein deutsches Gewohnheitsrecht anzunehmen, nach welchem der Unternehmer unbedingt für sein Dienstpersonal hafte. Diese Bestimmung hat auch das HGB. (Art. 400), mit dem Hinzufügen, daß Eisenbahngesellschaften nicht einmal das Gegentheil stipuliren dürfen (Art. 423). Aus der deutschen Praxis vor und neben dem HGB.: Seuff. Arch. IV. 35. 112, XIII. 140 (für die hier vertretene Ansicht), — VII. 172 (S. 204) vgl. VIII. 52 (dawider). S. noch Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 578 unt.

[6] L. 15 §. 6 D. h. t., l. 10 pr. D. de lege Rhod. 14. 2. A. M. Fuchs Arch. f. civ. Pr. XXXIV S. 403 fg.; dagegen Mommsen Beiträge I S. 383. Seuff. Arch. VI. 31. — Eine besondere Bestimmung im HGB. Art. 60: ein Handlungsgehülfe, welcher durch unverschuldetes Unglück an Leistung seines Dienstes zeitweilig verhindert wird, hat noch 6 Wochen lang Anspruch auf Gehalt und Unterhalt.

[7] L. 19 §. 9 l. 38 pr. D. h. t., vgl. l. 19 §. 10 D. h. t., l. 4 D. de off. assess. 1. 22. Vgl. mit Mommsen a. a. O. S. 353 fg. und III S. 422. 423 Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 138. 139; auch Vangerow III S. 240. 241. Seuff. Arch. VIII. 253, XIX. 226, vgl. XII. 24, XIX. 30.

der Arbeiter seinen Anspruch auf die Gegenleistung nicht, daß bei der Werkverdingung[8] das gefertigte Werk vor der Ablieferung zu Grunde geht, wenn das Werk nur von der Art war, daß der Besteller die Annahme nicht hätte verweigern dürfen[9]. War das Werk, als es zu Grunde ging, theilweise fertig, so bekommt der Arbeiter theilweisen Lohn[10].

Zu dem Gesagten bemerke man noch Folgendes.

1. Eine besonders wichtige Anwendung der Werkverdingung ist der Frachtvertrag. Für denselben gilt, wenn er mit einem Schiffer abgeschlossen worden ist, die in §. 384 bezeichnete Besonderheit in Betreff der Verhaftung des Frachtführers; abgesehen davon steht der Frachtvertrag unter den allgemeinen Grundsätzen von der Werkverdingung. Dieselben finden auch Anwendung auf die mit der Post und mit Eisenbahnen abgeschlossenen Frachtverträge[11].

---

[8] Vgl. über das Folgende: v. Buchholtz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII. 1, Mommsen Beiträge I S. 368 fg., Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 139—141 und wieder Mommsen III S. 423—428, Burchardi (Note 5) S. 131 fg., v. Wyß die Haftung für fremde Culpa S. 94 fg.

[9] L. 36. 37 l. 62 D. h. t.

[10] L. 59 D. h. t., l. 33 eod. A. M. Mommsen u. Burchardi a. a. O.

[11] Vgl. §. 384 Note 9. — Das Eisenbahnrecht hat in der neueren Zeit eine reiche Literatur erhalten, welche bei Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 572—574 verzeichnet ist. — Das HGB. handelt von dem „Frachtgeschäft" in den Art. 390—431 (von dem Frachtgeschäft der Eisenbahnen insbesondere Art. 422 fg.), von der Seefracht in den Art. 557—679. — Besondere Fragen sind folgende. 1) Hat derjenige, an welchen eine zum Transport übergebene Sache abgeliefert werden soll, ein Forderungsrecht gegen den Frachtführer auf Ablieferung? Gewiß, wenn der Absender ihm sein Forderungsrecht cedirt hat; aber auch ohne Cession? Entscheidend für die Bejahung ist die, merkwürdigerweise in dieser Streitfrage ganz unbeachtet gebliebene, l. 6 §. 2 D. de neg. gest. 3. 5 (§. 316 Note 7a, §. 431 Note 7). Literatur: Höpfner Arch. f. civ. Pr. XXXVI. 6, Karstens das. XXXVII. 8, Koch Deutschlands Eisenbahnen II S. 106 fg. Seuff. Arch. VI. 59, IX. 56, XII. 291, XIV. 23. Besonderes Recht des Connossements: das. VI. 241, XII. 291, XV. 49. HGB. Art. 405. „Nach Ankunft des Frachtführers am Orte der Ablieferung (vgl. Art. 404) ist der im Frachtbrief bezeichnete Empfänger berechtigt, die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen Erfüllung der Verpflichtungen, wie sie der Frachtbrief ergibt, in eigenem Namen gegen den Frachtführer geltend zu machen". Nach der Uebergabe des Frachtbriefes kann ihm dieses Forderungsrecht auch durch anderweitige Dispositionen des Absenders nicht mehr entzogen werden (Art. 402). Bei der Seefracht hat von vorn

2. Es kann bei der Werkverdingung verabredet werden, daß die zu leistende Arbeit nicht an der dem Arbeiter übergebenen Sache hergestellt zu werden brauche, sondern auch an einer andern Sache der nämlichen Art hergestellt werden dürfe. In diesem Falle wird der Arbeiter Eigenthümer der ihm übergebenen Sache und trägt die Gefahr derselben[12].

---

herein ein ausschließliches Recht auf Ablieferung der Güter der im Connossement Bezeichnete und im Besitz desselben Befindliche (Art. 647). Das Connossement kann auch auf Ordre gestellt werden (Art. 646—651). Wenn bei der Landfracht ein Ladeschein ausgestellt wird (Art. 413. 414), so gelten für denselben die gleichen Regeln, wie für das Connossement (Art. 415—418). 2) Rechtsverhältniß, wenn der erste Frachtführer das Gut einem zweiten zum Weitertransport übergibt? Vgl. darüber Roßhirt Arch. f. civ. Pr. XLIV. 10. Nach allgemeinen Grundsätzen wird man sagen müssen, daß dadurch ein Rechtsverhältniß zwischen dem Befrachter und dem zweiten Frachtführer nicht entsteht, so wie daß der erste Frachtführer dem Befrachter für die Schuld des zweiten Frachtführers nur dann haftet, wenn er entweder durch die Weitergabe gegen eine ausdrückliche oder stillschweigende Vertragsbestimmung gehandelt hat, oder ihm eine Verschuldung bei der Auswahl zur Last fällt. Seuff. Arch. II. 93, IV. 70, VII. 172. 355. Anders das HGB. Art. 401. „Wenn der Frachtführer zur gänzlichen oder theilweisen Ausführung des von ihm übernommenen Transportes das Gut einem andern Frachtführer übergibt, so haftet er für diesen und die etwa folgenden Frachtführer bis zur Ablieferung. Jeder Frachtführer, welcher auf einen andern Frachtführer folgt, tritt dadurch, daß er das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annimmt, in den Frachtvertrag gemäß dem Frachtbrief ein, übernimmt eine selbständige Verpflichtung, den Transport nach Inhalt des Frachtbriefes auszuführen, und hat auch in Bezug auf den von den früheren Frachtführern bereits ausgeführten Transport für die Verbindlichkeit derselben einzustehen". Umgekehrt hat der letzte Frachtführer auch die Rechte der früheren auszuüben (Art. 410). Vgl. übrigens auch Seuff. Arch. IX. 56, XII. 25. 3) Gültigkeit abändernder Verträge, abgeschlossen durch ausdrückliche Uebereinkunft oder durch stillschweigende Unterwerfung unter ein öffentlich bekannt gemachtes Reglement des Transportführers? Vgl. darüber Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 559—660. Aus allgemeinen Grundsätzen folgt nur, daß nicht die Nichtverhaftung für Arglist (und grobe Fahrlässigkeit?) ausgemacht werden kann (§. 265 Note 5). Für Eisenbahnen aber geht viel weiter das HGB. Art. 423 fg.

[12] L. 31 D. h. t., l. 34 pr. D. de auro 34. 2. L. 31 pr. cit.: — „rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli. Ex superiore casu rem domini manere, ex posteriore in cre-

3. Soll dagegen aus einer dem Arbeiter zugehörigen Sache eine Arbeit für den Besteller hergestellt werden, so liegt nicht Miethe, sondern Kauf vor, Kauf einer anzufertigenden Sache[13]. Was dabei den Uebergang der Gefahr auf den Käufer angeht, so entscheiden, wenn die zu bearbeitende Sache eine generisch bestimmte ist, die Grundsätze vom Kauf generisch bestimmter Sachen (§. 390 Nr. 1. a); ist sie individuell bestimmt, so trägt der Besteller die Gefahr nicht sogleich nach Vollendung der Arbeit, sondern erst nach der Annahme (Billigung)[14].

---

ditum iri". Auch in diesem Fall (vgl. §. 400 Note 22) spricht man von einer locatio conductio irregularis. Von demselben handeln: W. Sell Arch. f. civ. Pr. XIX S. 318—330, v. Buchholtz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 8—16, Mommsen Beiträge I S. 283—286, Brinz S. 440, Sintenis II §. 118 Anm. 21. Eigentlich liegt in diesem Fall eine Mischung von Mieth- und Austauschgeschäft vor (l. 3 cit.: — „in creditum iri", l. 34 pr. cit.: — „quippe quasi permutationem fecisse videatur"), welchen Gedanken besonders Sell, nur zu einseitig, vertritt. Man hat geleugnet: 1) daß das Geschäft den Empfänger zum Eigenthümer mache, oder immer mache (Buchholtz, Brinz), namentlich auch mit Berufung auf die Worte der l. 34 pr. cit. „quatenus dominium transit", wo aber statt quatenus ohne Zweifel zu lesen ist protinus; 2) daß der Empfänger die Gefahr trage (Buchholtz, Brinz, Sintenis), mit Berufung auf l. 31 cit. i. f.: „sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere", welche Entscheidung sich aber vollkommen daraus erklärt, daß in dem von der Stelle behandelten Fall die Verbindlichkeit des Empfängers vertragsmäßig auf das im Schiff befindliche Getreide beschränkt war. S. namentlich Mommsen a. a. O. Note 27, Keller §. 342.

[13] Gai. III. 147, §. 4 I. h. t., l. 2 §. 1 D. h. t., l. 20 l. 65 D. de contr. emt. 18. 1. Nicht hierher gehört der Fall, wo auf einem Grundstück des Bestellers mit dem Material des Arbeiters ein Gebäude hergestellt werden soll, obgleich durch die Einbauung das Material in das Eigenthum des Bestellers übergeht. L. 22 §. 2 D. h. t., l. 20 D. de contr. emt. 18. 1. Ueber die Lesart in l. 20 cit. („etiam") s. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 283, Arndts das. VIII S. 102, Emmerich das. XVIII S. 122, Mommsen in seiner Ausgabe zu dieser Stelle. Vgl. Seuff. Arch. XI. 234.

[14] Es ist anzunehmen, daß der Kauf unter der Bedingung der Billigung abgeschlossen worden sei. Vgl. l. 1 §. 6 D. de poll. 50. 12 und Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 141; aber auch Mommsen Beiträge I S. 367. III S. 428.

c. Beendigung.

§. 402.

Ueber die Beendigung der Miethe ist folgendes Besondere zu bemerken.

1. Ist über die Dauer der Miethe nichts, ausdrücklich oder stillschweigend[1], bestimmt, so kann jede Partei zu jeder Zeit zurücktreten, muß jedoch die ortsübliche Kündigungsfrist, wenn eine solche besteht, beobachten[2]. Auch dann muß die ortsübliche Kündigungsfrist beobachtet werden, wenn der Vertrag ausdrücklich auf Kündigung gestellt worden ist.

2. Unter Umständen ist einseitiger Rücktritt auch vor Ablauf der vereinbarten Miethzeit gestattet. Dieses Recht steht zu bei der Sachmiethe: a) dem Miether, wenn die vermiethete Sache unbrauchbar wird[3], oder mit der Fortsetzung des Gebrauchs eine Gefahr für ihn verbunden ist[4]; b) dem Vermiether, wenn der Miether die gemiethete Sache mißbraucht[5], oder mit dem Mieth-

---

§. 402. [1] Bei der Werkverdingung ist eine Miethzeit von selbst durch den im Vertrage bezeichneten Zweck der Arbeit bestimmt. S. auch Seuff. Arch. XVII. 32. — Beweislast, wenn behauptet wird, daß der Miethvertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen worden sei? E. A. Seuffert in Seuffert Pand. §. 328 Note 3. Seuff. Arch. VI. 29.

[2] In dieser Weise ist der Sinn des Vertrages gemäß der bona fides auszulegen. Von der Miethe auf Kündigung spricht l. 4 D. h. t. Vgl. HGB. Art. 61. — Wäre ausdrücklich bestimmt, daß keine Kündigung stattfinden solle, oder daß der Vertrag „auf ewige Zeiten" abgeschlossen sein solle, so würde das Rechtsverhältniß der Parteien nach den Grundsätzen der Emphyteuse zu beurtheilen sein (vgl. I §. 218 Note 5). In l. 10 C. h. t. bezeichnet „perpetua locatio" eine Miethe ohne Bestimmung der Dauer. Verzicht auf Kündigung für kürzere Zeit: Seuff. Arch. VII. 307.

[3] L. 25 §. 2 D. h. t. („si vicino aedificante obscurentur lumina coenaculi", „si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat"). L. 60 eod., vgl. l. 27 pr. eod. Seuff. Arch. VII. 171.

[4] L. 27 §. 1 l. 13 §. 7 D. h. t., l. 28. 33 D. de damno inf. 39. 2. Vangerow III S. 465. — Verzögerung der Erfüllung des Vertrages begründet für den Miether ein Rücktrittsrecht nur insofern, als mit der Fortsetzung der Miethe ein Schaden für ihn verbunden sein würde, welcher größer ist, als derjenige, welchen er seinerseits dem Vermiether durch seinen Rücktritt zufügt. L. 24 §. 4 l. 60 pr. D. h. t., vgl. §. 280 Note 1, §. 346 Note 6.

[5] L. 54 §. 1 D. l. 3 C. h. t., c. 3 X. de loc. 3. 18. Seuff. Arch. II. 38, XII. 265, XIX. 38.

zins zwei Jahre in Rückstand bleibt[6], ferner wegen Nothwendigkeit einer den Gebrauch ausschließenden Reparatur[7], und wegen unvorhergesehenen eigenen Bedürfnisses[8].[9] Bei der Werkverdingung kann der Besteller zurücktreten, wenn sich herausstellt, daß der von dem Arbeiter gemachte Kostenanschlag um ein Bedeutendes zu niedrig ist[10].

3. Setzt nach Beendigung der Miethzeit der Miether den Gebrauch fort, und der Vermiether widerspricht nicht, so ist dadurch ein neuer Miethvertrag abgeschlossen[11], bei fruchttragenden

---

[6] L. 54 §. 1 l. 56 D. h. t., l. 3 C. cit., c. 3 X. cit. C. 3 X. cit.: — „si ... cum canonem per biennium non solvisset, sibi satisfactione celeri non providit". Vgl. I §. 222 Note 10. — Bei der Verpachtung öffentlicher Einkünfte ist der Rücktritt wegen Nichtzahlung des Pachtgeldes sofort gestattet, l. 10 §. 1 D. de publ. 39. 4. — Vgl. Sintenis §. 118 Anm. 5, Vangerow S. 464. Seuff. II. 172, XII. 23. 152.

[7] L. 3 C. cit., c. 3 X. cit., l. 30 pr. l. 35 pr. D. h. t. Ungenügend v. Buchholtz Abhandlungen S. 299—303. S. auch Holzschuher III §. 299 Nr. 12. I. b.

[8] L. 3 C. cit., c. 3 X. cit. Auf Wohnungsmiethe zu beschränken? Sintenis a. a. O. Anm. 57, Vangerow S. 464, Holzschuher III §. 299 Nr. 12. I[a]. Das Erforderniß der Unvorhergesehenheit bestreitet mit Unrecht (c 3 X. cit.) v. Buchholtz a. a. O. S. 303.

[9] Ueber die Streitfrage, ob auch der Concurs des Pächters, oder wohl gar auch der des Verpächters (l. 8 §. 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5), den Rücktritt rechtfertige, s. Bayer Concursproc. §. 31, Northoff Arch. f. prakt. RW. IX S. 1 fg. (Concurs des Verpächters). Seuff. Arch. I. 390. 391.

[10] Aber für den bereits gefertigten Theil der Arbeit muß er zahlen. L. 60 §. 4 D. h. t. — Ueber den Rücktritt von dem Dienstvertrag zwischen dem Principal und dem Handlungsgehülfen enthält besondere Bestimmungen das HGB. Art. 62—64. Vgl. Seuff. Arch. V. 163, XII 266, XIV. 228. 276, XX. 223. — In dem Erkenntniß des OAG. zu Oldenburg bei Seuff. Arch. X. 42 wird, auf Grund der in den Quellen für die Sachmiethe gegebenen Entscheidungen, welche nur der Ausfluß eines allgemeinen Principes seien, und von l. 22 C. h. t., der Satz aufgestellt, daß von dem Dienstvertrag, und namentlich dem Gesindedienstvertrag, jeder Contrahent zurücktreten könne, sobald ihm „die Aushaltung des Contractes von dem andern Theil in billiger Berücksichtigung der Umstände gar nicht zugemuthet werden" könne. Uebereinstimmend des Erkenntniß des OAG. zu München in den Bl. f. R.Anwend. XXXI. 172.

[11] S. g. relocatio tacita. Vgl. darüber namentlich Vangerow III §. 644 Anm., wo über die Literatur und die verschiedenen in derselben vertretenen Meinungen vollständig berichtet ist. Seuff. Arch. II. 285, IV. 218.

Grundstücken auf die Dauer eines Jahres[12], bei anderen Sachen wenn der Vertrag schriftlich abgeschlossen worden war, auf die in dem Vertrage bestimmte Miethzeit[13], bei nicht schriftlicher Verabredung auf die Zeit, während welcher der Gebrauch wirklich fortgesetzt worden ist[14].

4. Der Tod der Parteien hat auf den Bestand des Miethvertrages keinen Einfluß[15], wenn nicht durch ausdrückliche oder stillschweigende Beredung der Vertrag auf die Person dieses Contrahenten beschränkt worden ist[16].

d. Besondere Anwendung des Miethvertrages*.

§. 403.

Nach dem Seerecht der Rhodier soll, wenn in einer Seegefahr zur Rettung von Schiff oder Ladung etwas aufgeopfert wird, der dadurch entstandene Schaden und Aufwand von den Eigenthümern des Geretteten verhältnißmäßig mit getragen werden[1]. Diesen Satz haben die Römer in ihr Recht aufgenommen[2], aber mit den Grundsätzen des Miethvertrages in folgender Weise in Verbindung gebracht: aus dem Miethvertrage hat der von dem Schaden oder dem Aufwand unmittelbar Betroffene einen

---

[12] L. 13 §. 11 l. 14 D. l. 16 C. h. t. Vgl. übrigens auch Holzschuher III §. 298 Nr. 1. I.

[13] L. 13 §. 11 cit. Die Auslegung der betreffenden Worte dieser Stelle („nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est") ist übrigens nicht zweifellos. S. Vangerow a. a. O.

[14] L. 13 §. 11 D. h. t. Darf bei der Wohnungsmiethe nicht gesagt werden: bis zum nächsten Umzugstermin, wenn ein solcher ortsüblich besteht? So Holzschuher III §. 298 Nr. 1. I. und die daselbst Citirten. Die Worte der l. 13 §. 11 cit. „prout quisque habitaverit" lauten doch zu bestimmt.

[15] L. 10 C. h. t., §. 6 I. h. t. Vgl. l. 15 §. 9 — l. 19 pr. D. h. t.

[16] Bei der Dienstmiethe wird regelmäßig der Sinn des Vertrages der sein, daß der Vertrag auf die Erben des Arbeiters nicht übergehen soll. S. ferner l. 4 D. h. t. „Locatio precariive rogatio ita facta, quoad is, qui rem locasset dedissetve, vellet, morte eius, qui locavit, tollitur".

* Dig. 14. 2 de lege Rhodia de iactu. — Glück XIV S. 199—232; Unterholzner II S. 353—358, Sintenis II S. 674—679.

§. 403. [1] L. 1 D. h. t.

[2] Vgl. l. 9 D. h. t.

Ersatzanspruch gegen den Schiffer, dieser einen Rückgriff gegen die Eigenthümer des Geretteten[3]. Näheres[4]:

1. Zur Vertheilung kommt jeder Schaden und jeder Aufwand, welcher die Folge einer zum Zweck der Rettung von Schiff oder Ladung vorgenommenen Handlung ist; Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit der Folge ist gleichgültig[5]. Bei der Berechnung des Schadens darf nur der Einkaufspreis der aufgeopferten Sachen, nicht ihr wirklicher Werth in Anschlag gebracht werden[6].

2. Die zu vertheilende Summe wird in der Weise vertheilt, daß von derselben einerseits die Eigenthümer des Geretteten[7], Schiff oder Ladung (oder Schiff und Ladung)[8], andererseits aber auch die Ersatzberechtigten selbst einen verhältnißmäßigen Theil tragen[9]. Bei der Schätzung der geretteten Sachen wird ihr jetziger Werth zu Grunde gelegt[10].

---

[3] L. 2 pr. D. h. t. Vgl. l. 2 §. 7 eod. Ist der Schiffer selbst der unmittelbar Betroffene, so fällt das Erste weg.

[4] Die Vorschriften des römischen Rechts sind in dem modernen Seerecht näher entwickelt in der Lehre von der großen Haverei (Havariegrosse). Das HGB. handelt von derselben in den Art. 702—735.

[5] In den Quellen wird im Einzelnen erwähnt: a) das Auswerfen von Sachen zum Zweck der Erleichterung des Schiffes, l. 1 D. h. t. und öfter das.; b) Umladung eines Theils der Ladung auf ein kleineres Schiff, welches dann zu Grunde geht, l. 4 pr. D. h. t.; c) Beschädigung des Schiffes selbst, Kappen von Masten u. dgl., l. 2 §. 1 l. 3 l. 5 §. 1 D. h. t.; d) Loskauf von Piraten, l. 2 §. 3 D. h. t.; e) Beschädigung des im Schiffe verbliebenen Gutes in Folge des Auswerfens von anderem Gute, l. 4 §. 2 D. h. t. — Daß für einen Schaden, welcher seinen Grund in einer Rettungsmaßregel nicht hat, kein Ersatz begehrt werden kann, sagen ausdrücklich l. 2 §. 1 l. 4 pr. l. 5 pr. l. 6 D. h. t. Wie ist es aber, wenn eine Rettungsmaßregel ergriffen worden ist zur Abwendung einer irrigerweise angenommenen Gefahr? Es genügt „eine den Umständen nach vernünftige Ueberzeugung von deren Vorhandensein": Seuff. Arch. VII. 89. — Vgl. HGB. Art. 702. 708—710.

[6] L. 2 §. 4 D. h. t. Anders das HGB. Vgl. im Allgemeinen das. Art. 711—717.

[7] L. 4 pr. §. 1 l. 5 pr. D. h. t. HGB. Art. 726.

[8] L. 2 §. 2 D. h. t. Ausgenommen ist nur der gerettete Mundvorrath. Weiter in den Ausnahmen geht das HGB. Art. 725.

[9] L. 1 D. h. t. „Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est". Man kann auch so sagen: die Einzelnen sind beitragspflichtig: 1) mit dem Werth des Geretteten, 2) mit der Summe, welche

3. Was Jeder zu fordern hat, hat er vom Schiffer zu fordern. Dieser zieht seinerseits die auf das gerettete Gut fallenden Beiträge ein, und braucht bis zur Zahlung derselben das Gut nicht herauszugeben[11]. Zahlungsunfähigkeit eines Beitragspflichtigen fällt nicht dem Schiffer zur Last, sondern erhöht die Beitragsquoten der Uebrigen[12]. —

Die Ausdehnung dieser Grundsätze auf andere Fälle, wo Jemand Sachen verschiedener Eigenthümer, zu deren Restitution er verpflichtet ist, in Händen hat, und die Sachen des Einen durch Aufopferung der Sachen des Andern rettet, läßt sich nicht abweisen[13]. Dagegen ist der allgemeine Satz, daß, wer von einem Mehreren drohenden Schaden allein betroffen worden ist, gegen die Uebrigen einen Ersatzanspruch habe, nicht gerechtfertigt[14].

4. Andere gegenseitige Verträge über Gebrauch von Sachen und Diensten.

§. 404.

Wenn für Gebrauch von Sachen oder Diensten nicht Geld,

---

ihnen bei Berechnung der Ersatzsumme gut geschrieben wird. Vgl. HGB. Art. 718—742.

[10] L. 2 §. 4 l. 4 §. 2 D. h. t.

[11] L. 2 pr. D. h. t. Ein directes Forderungsrecht der Ersatzberechtigten gegen den Eigenthümer des geretteten Gutes ist nach gemeinem Recht nur insoweit begründet, als die actio negotiorum gestorum contraria Platz greift (Note 14). Anders nach dem HGB. Vgl. überhaupt das. Art. 727—734.

[12] L. 2 §. 6 D. h. t.

[13] Eben weil sie von den Römern auf die Regeln des Miethvertrages zurückgeführt worden sind, und aus diesen sich ergeben. Sie müssen daher nicht nur bei anderen Fällen des Miethvertrages zur Anwendung kommen, so namentlich beim Landtransport, sondern auch z. B. beim Leihvertrag, und überhaupt in allen Fällen, in welchen in gleicher Weise Ersatzverbindlichkeit und Ersatzanspruch in derselben Person zusammenkommen.

[14] Doch steht demjenigen, welcher zur Abwendung einer gemeinschaftlichen Gefahr selbst etwas aufopfert, deßwegen nicht weniger die actio negotiorum gestorum contraria zu, weil er zu der Aufopferung durch die Rücksicht auf sein eigenes Interesse bestimmt worden ist (§. 431 Note 12). — Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note: Glück XIV S. 233. 234 und die daselbst Citirten, Thibaut Lehrb. §. 644 und Arch. f. civ. Pr. VIII S. 146, W. Sell Versuche S. 100, Unterholzner §. 510. l, Seuffert §. 432 a. E., Puchta §. 368 a. E., Sintenis §. 118 Anm. 199.

sondern eine andere Gegenleistung versprochen wird, so nennt man den Vertrag nicht Miethvertrag. Aber es gelten für denselben die gleichen Grundsätze, wie für den Miethvertrag[1]. —

Ebensowenig spricht man von Miethvertrag, wenn gegen Entgelt eine Dienstleistung versprochen wird, welche allein oder vorwiegend in freier geistiger Thätigkeit besteht[2]. Aber auch in diesem Falle gelten die gleichen Regeln, wie für den Miethvertrag[3]. Namentlich haftet der Schuldner auch hier nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen Nachlässigkeit und wegen des Mangels derjenigen Kenntnisse und Fähigkeiten, welche der seine

---

[1] Bei den Römern unterschied sich ein solcher Vertrag von dem Miethvertrage dadurch, daß er nicht schon durch die Beredung, sondern erst durch die von einer Partei gemachte Leistung rechtsverbindlich wurde, — es entstand aus demselben nur die actio praescriptis verbis. L. 5 §. 2 l. 17 §. 3 D. de praescr. verb. 19. 5, §. 2 I. de loc. 3. 24. §. 404.

[2] Die Neueren sprechen in diesem Falle von operae liberales. (Vgl. Unterholzner II S. 344. b. „Bei dergleichen Diensten mit den Neueren von operae liberales zu sprechen, klingt ungefähr, als wenn man bei uns von einem wissenschaftlichen Handwerk reden wollte".)

[3] Vorausgesetzt daß nicht freies Kündigungsrecht im Sinne des Vertrages liegt, in welchem Falle das Geschäft als Mandat mit Honorarberedung aufgefaßt werden muß. Vgl. Seuff. Arch. III. 49. — Für die Römer war die Kategorie des Mandates die einzige juristische Kategorie, unter welche eine Beredung dieser Art gestellt werden konnte; wo diese Kategorie versagte, wurde das Geschäft als außerhalb des eigentlichen Rechtsgebietes liegend angesehen, und es blieb nichts übrig, als zu versuchen, ob nicht von dem Inhaber der Jurisdictionsgewalt mit Rücksicht auf die Umstände des besonderen Falles ein außerordentliches Einschreiten (extraordinaria cognitio) zu erlangen sei. Hierfür bildete sich allmälig doch wieder eine gewisse Regel aus, namentlich was die Eintreibung des rückständigen Honorars anging, s. l. 4 D. de extraord. cogn. 50. 13, tit. Dig. 50. 14 de proxeneticis. Für einen einzelnen Fall, den Fall falscher Berechnung durch einen Feldmesser (mensor), war im praetorischen Edict auch Bestellung eines iudicium versprochen (Dig. 11. 6 si mensor falsum modum dixerit). S. übrigens auch Note 4. Ueber den s. g. contractus suffragii s. l. un. C. de suffragio 4. 3, Nov. 8 c. 1. Vgl. überhaupt Unterholzner II §. 521. Heutzutage würde man die realen Verhältnisse und den darauf gebauten Sinn der Contrahenten sehr verkennen, wenn man Verträge dieser Art einer anderen rechtlichen Beurtheilung unterwerfen wollte, als gegenseitige Verträge überhaupt. Die Benutzung geistiger Thätigkeit zum Erwerbe gilt heutzutage nicht nur nicht als eine Verletzung der Würde und des Anstandes, sondern hat auch längst aufgehört, etwas Außergewöhnliches und Auffälliges zu sein. Sie bildet einen Factor im Vermö-

Dienste in Anspruch Nehmende bei ihm voraussetzen durfte[4]. Wenn ferner dem Schuldner die Verrichtung der Dienste, wenngleich ohne seine Schuld, unmöglich wird, so hat er keinen Anspruch auf die Gegenleistung[5], während Nichtabnahme der Dienste durch den Gläubiger ihn, vorausgesetzt daß er seine Dienste nicht in anderer Weise verwerthet hat, des Anspruchs auf die Gegen-

---

gensverkehr, wie jeder andere Factor, und kann daher — im Principe — für die rechtliche Beurtheilung weder eine Ausnahmsstellung verlangen, noch braucht sie sich dieselbe gefallen zu lassen. Vgl. Sintenis §. 113. I Nr. 2 und §. 119. I. Das Verhältniß wird auch dadurch nicht geändert, daß die Personen, welche solche Dienste leisten, zu diesem Ende vom Staate eine Approbation, Concession, Anstellung erhalten haben, wie Advokaten, Notare, Aerzte, Lehrer zc., — wohl freilich dadurch, daß sie vom Staate berufen sind, in dessen Namen, als Organe desselben, thätig zu werden. In diesem letzteren Falle, welcher z. B. beim Richter vorliegt, wird allerdings mit denselben kein Contrakt abgeschlossen, sondern sie gewähren ihre Thätigkeit kraft des ihnen vom Staate ertheilten Auftrages. A. M. auch in Betreff des Advokaten, so wie „des Rechtsconsulenten, des Lehrers, des Arztes, des agrimensor u. s. w." Wetzell Civilproceß §. 8 von Note 35 an, aber nicht mit Berufung auf die öffentliche Stellung dieser Personen, sondern weil die Dienste derselben „kein Vermögensinteresse darbieten". Die letztere Behauptung ist in dieser Allgemeinheit gewiß unrichtig, und würde, wenn sie richtig wäre, die daraus gezogene Consequenz nicht rechtfertigen (§. 251 Note 3).

[4] Wer die Dienste eines Menschen in Anspruch nimmt, welcher von dem Besitze einer Kunst oder Wissenschaft Profession macht, darf, abgesehen von besonderen Umständen, voraussetzen, daß derselbe diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten habe, welche man in dieser Wissenschaft oder Kunst bei gewöhnlichem Fleiße und gewöhnlicher Gewissenhaftigkeit zu erwerben im Stande ist. Besondere Anlagen oder auch nur Anlagen überhaupt anzunehmen, hat er kein Recht. Vgl. Seuff. Arch. XX. 204. Was Sintenis II S. 339 sagt, daß „bei solchen Geschäften, wornach ein Dienst mittelst Anwendung einer Kunst oder Wissenschaft zu leisten ist", nur für culpa lata gehaftet werde, halte ich nicht für begründet; auch stimmt dazu nicht, was Sintenis selbst §. 119 Anm. 2 ausführt. Das römische Recht erklärt allerdings den mensor (Note 3) nur für haftbar wegen dolus und lata culpa; aber die Beredung mit dem mensor galt den Römern auch nicht als eigentliches Rechtsgeschäft (l. 1 §. 1 D. si mensor: „visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est", s. auch l. 2 D. de proxenet. 50. 14), und dieser Grund fällt heutzutage weg (Note 3). (Uebrigens hat sich auch bei den Römern in späterer Zeit eine andere Auffassung des Vertrages mit dem mensor geltend gemacht, wonach dieser Vertrag sogar unter den Gesichtspunkt der

leistung nicht beraubt[6]. Auch hier ist es nicht erforderlich, daß die Gegenleistung ausdrücklich versprochen werde; wer Dienste von Jemandem in Anspruch nimmt, von dem er weiß, daß er solche Dienste nur gegen Entgelt leistet, verpflichtet sich, demselben zu leisten, was er fordern wird, vorausgesetzt daß seine Forderung nicht unbillig ist[7]. Die Frage, ob die Gegenleistung für die Leistung der Dienste selbst gefordert werden kann, oder nur für einen bestimmten durch die Dienstleistung erzielten Erfolg, läßt sich nur nach den Umständen des einzelnen Falles beantworten[8.9] —

Dienstmiethe gestellt wurde. S. l. 4 §. 1 D. fin. reg. 10. 1 und über eine Stelle der s. g. lex Thoria [c. 44] Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. X S. 136 fg.; über die mensores überhaupt s. dens. das. S. 412 fg.) Was den Arzt angeht, s. noch l. 6 §. 7 D. de off. praes. 1. 18, l. 7 §. 8 l. 8 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2, §. 6. 7 I. eod. 4. 3 (auch hier haben die Römer den Gesichtspunkt der Dienstmiethe nicht fern gehalten, l. 7 §. 8 cit., vgl. dazu l. 26 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5 nach der Restitution von Mommsen in seiner Ausgabe); in Betreff des Advokaten l. 14 §. 1 C. de iud. 3. 1. — A. M. auch hier Wetzell a. a. O., welcher den Advokaten für levis culpa nur wegen der ausdrücklichen Vorschrift der Reichsgesetze (das. Note 17) haften läßt. Uebereinstimmend (in Betreff des Notars) Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 186—187.

[5] Vgl. § 401 Note 6. Besonderes Recht galt bei den Römern für den patronus fisci; sein Gehalt wurde für das ganze Jahr, in welchem er gestorben war, seinen Erben ausbezahlt. L. 15 §. 1 C. de advoc. 2. 7, l. 3 §. 6 l. 5 §. 6 C. de advoc. divers. iudiciorum 2. 8. Ob auch für die gewöhnlichen Advokaten der Satz galt, daß schuldlose Verhinderung in der Führung des übertragenen Processes sie des Anspruchs auf das bedungene Honorar nicht beraube, ist doch sehr zweifelhaft. Die Quellen (l. 38 §. 1 D. loc. 19. 2, l. 1 §. 13 D. de extr. cogn. 50. 13, l. 11 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6) reden nur davon, daß das empfangene Honorar nicht zurückgegeben zu werden brauche, und dieß erklärt sich (einmal angenommen, daß aus dem Honorarversprechen keine eigentliche Verbindlichkeit entsteht) vollkommen aus dem Recht der Voraussetzung (I §. 100 Note 6). Vgl. auch Mommsen Beiträge I S. 360—362, Wetzell Civilproc. §. 8 Note 53—55.

[6] L. 19 §. 10 D. loc. 19. 2, l. 4 D. de off. ass. 1. 22. Vgl. §. 401 Note 7, und über den Schluß der zuletzt genannten Stelle Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 139.

[7] Vgl. §. 399 Note 14 und die das. Citirten, §. 386 Note 6 zweiter Absatz. Seuff. Arch. IV. 217, XX. 30. Kierulff Entscheid des OAG. zu Lübeck I S. 1123—1124.

[8] Dem Advokaten wird ein Lohn versprochen nicht für die Gewinnung,

Ein dem Miethvertrag verwandter Vertrag ist auch der Vertrag, durch welchen eine Sache zur Emphyteuse oder Superficies gegeben wird. Aber auch abgesehen davon, daß diese Rechtsverhältnisse zunächst dinglicher Natur sind, tritt für ihre rechtliche Ordnung der Vertrag in den Hintergrund und die gesetzliche Regel in den Vordergrund, so daß die gleichen Grundsätze für sie auch da gelten, wo sie nicht vertragsmäßig begründet worden sind.

E. Die Gesellschaft*.

1. Begriff und Abschluß.

§. 405.

Der Gesellschaftsvertrag ist gerichtet auf die Vereinigung von Leistungen Zweier oder Mehrerer in gemeinschaftlichem Interesse; die Leistung einer jeden der vertagschließenden Parteien soll nicht der anderen oder den anderen ausschließlich zu Gute

---

sondern für die Führung des Processes, dem Arzte nicht für die Heilung, sondern für die Behandlung des Kranken, — dem Makler dagegen nur für die Vermittelung des Geschäftes, nicht für seine Bemühungen um die Vermittelung. Sintenis §. 119 Anm. 5. Seuff. Arch. X. 43. Vgl. über den Makler noch das. XII. 155, XIV. 229; XIII. 14, XIV. 124.

[9] Besondere Vorschriften über die Honorarverträge mit dem Advokaten: l. 1 §. 10. 12 D. de extr. cogn. 50. 13, l. 17 D. mand. 17. 1, l. 5 l. 6 §. 2 C. de post. 2. 6, R. G. O. I. 46 §. 1, R. D. A. 1557 §. 50. Bayer Vorträge §. 101, Wetzell Civilproc. §. 8 hinter Note 38. Emminghaus Arch. f. prakt. RW. N. F. II. 9. III. 12 (1865. 1866). — Ungültigkeit des Honorarversprechens an den Arzt, zu welchem der Kranke durch Mißbrauch der ärztlichen Gewalt oder durch seine eigene Furcht bestimmt worden ist. L. 3 D. de extr. cogn. 50. 13. l. 9 C. de prof. et med. 10. 52. — Unbestimmte Zusagen eines Honorars verpflichten ebenso wenig, wie unbestimmte Zusagen überhaupt. L. 56 §. 3 D. mand. 17. 1, l. 17 C. eod. 4. 35. Seuff. Arch. X. 241 a. E., XVII. 124. Anders verstehen diese Stellen Unterholzner §. 521. u, Sintenis II S. 682.

§. 405. * Societas. Inst. 3. 25 de societate. Dig. 17. 2 Cod. 4. 37 pro socio. — Kritz Pandektenrecht Th. I B. 2 S. 23—190 (1837). Glück XV S. 371—476; Unterholzner II S. 378—392, Sintenis II §. 121, Vangerow III §. 651—655.

kommen[1], sondern es soll durch die Zusammenwirkung der Leistungen Aller ein Erfolg erzielt werden, welcher Allen zu Gute kommt[1a]. Im Besonderen kann der Gesellschaftsvertrag noch einen sehr verschiedenen Inhalt haben.

1. Das Endziel des Vertrages ist möglicherweise die durch die einzelnen Leistungen unmittelbar zu bewirkende Vermögensgemeinschaft. Diese Vermögensgemeinschaft kann noch eine mehr oder minder umfassende sein; sie kann sein eine Gemeinschaft des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens[2], bloß des gegenwärtigen oder bloß des zukünftigen Vermögens[3], bloß einer gewissen Art des Erwerbes[4], einzelner bestimmter Sachen[5].

2. Das Endziel des Vertrages kann auch sein die Erreichung eines außerhalb der Leistungen der Gesellschafter liegenden Zweckes, dessen Erreichung durch ihre Leistungen erst ermöglicht werden soll. Dieser Zweck darf kein unerlaubter[6], kann im Uebrigen von der verschiedensten Art sein. Der Hauptfall ist der, wo er in der

---

[1] Vgl. l. 13 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5: — „nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit".

[1a] Es ist aber kein Grund vorhanden, deßwegen den Gesellschaftsvertrag aus der Reihe der gegenseitigen Verträge auszuschließen, wie Kuntze zu Holzschuher III S. 38 vorschlägt. Der Gesellschaftsvertrag ist nur ein gegenseitiger Vertrag besonderer Art.

[2] L. 1 §. 1 l. 3 §. 1 l. 5 pr. l. 65 pr. §. 3 l. 73 D. h. t.

[3] Wie ist es, wenn der Gesellschaftsvertrag auf den künftigen „Erwerb" gerichtet ist? In l. 8—13 D. h. t. (s. auch l. 71 §. 1 eod., l. 45 §. 2 D. de acq. vel om. her. 29. 2) wird „quaestus" ausgelegt = Verdienst, so daß die societas quaestus den künftigen Erwerb aus Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen nicht ergreifen soll. — Nach l. 7 D. h. t. soll, wenn einfach ausgemacht sei, man gehe eine Gesellschaft ein, im Zweifel angenommen werden, es sei eine societas quaestus gemeint, — eine Wortinterpretation, welche für unsere Verhältnisse gewiß nicht begründet ist. Vgl. Sintenis Anm. 11.

[4] L. 3 §. 2 D. h. t.: — „ut si qua iusta hereditas alterutri obveniret, communis sit". Vgl. auch Note 3.

[5] L. 58 pr. i. f. D. h. t. In l. 5 pr. l. 65 pr. D. h. t. ist unter „res" ohne Zweifel „Geschäft" zu verstehen. Vgl. l. 65 §. 10 D. h. t. — Gemeinschaft bloß in Betreff des Gebrauchs: vgl. Stölzel „über die Rechtsverhältnisse an gemeinschaftlichen Winkeln", Arch. f. prakt. RW. N. F. IV. 1 (1867).

[6] L. 57 D. h. t., l. 70 i. f. D. de fidei. 46. 1. Seuff. Arch. IX. 287, XIII. 257.

Erzielung eines Vermögensgewinnes besteht[7], mag dieser Vermögensgewinn durch Geschäftsthätigkeit erzielt werden sollen, oder in anderer Weise[8]. Unter den Fällen, wo der Vermögensgewinn durch Geschäftsthätigkeit erzielt werden soll, ist der bei weitem wichtigste der, wo die Absicht nicht auf ein einzelnes Geschäft[9], sondern auf eine fortlaufende Geschäftsthätigkeit[10] gerichtet ist. Es ist dieß die Handelsgesellschaft, welche im modernen Recht mannichfach in eigenthümlicher und vom römischen Recht abweichender Weise entwickelt worden ist[11]. — Die Beiträge der Parteien, durch welche die Erreichung des gemeinschaftlichen Zweckes ermöglicht werden soll, können in Sachen, körperlichen oder unkörperlichen, oder in Arbeit[12] bestehen. Bestehen sie in Sachen, so ist noch entweder möglich, daß diese Sachen dem Rechte nach gemeinschaftlich gemacht, oder daß sie nur zum Zweck des Gebrauchs, der Benützung, der Verwendung, der Veräußerung, zur Verfügung gestellt werden sollen[13]. Daß die zu leistende Arbeit

---

[7] Der Zweck kann aber auch z. B. Vergnügen, Belehrung sein, oder wenn auch ein Vermögenszweck, doch nicht die Erzielung von Gewinn, s. z. B. l. 52 pr. §. 11. 12. 13 l. 65 §. 2. 4 D. h. t. — Von dem Fall, wo der Gesellschaftszweck die Erzielung von Vermögensgewinn ist, handelt die Schrift von Treitschke: die Lehre von der unbeschränkten obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Commanditen. Nach römischem Recht, mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen. 1844.

[8] Z. B. durch Fruchtziehung (l. 52 §. 2 D. h. t.), durch Ertheilung von Unterricht (l. 71 pr. D. h. t.), durch schauspielerische Darstellung oder andere öffentliche Aufführungen, durch Ausstellung von Kunstwerken.

[9] L. 58 pr. D. h. t., l. 44 eod., l. 2 C. h. t., l. 13 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5; vgl. l. 31—33 D. h. t. Thöl Handelsr. I §. 48. Seuff. Arch. X. 45.

[10] L. 5 pr. l. 52 §. 4. 5 D. h. t. Seuff. Arch. XVIII. 36.

[11] Für das römische Recht s. Rösler die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach römischem Recht, Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 252—326. Auf die Abweichungen des modernen Rechts kann im Folgenden nur hingedeutet werden; die nähere Ausführung muß dem Handelsrecht überlassen werden. Vgl. Thöl Handelsr. I §. 34—38, und in Betreff der neueren Gesetzgebungen die in Note 7 citirte Schrift von Treitschke. HGB. Buch II.

[12] §. 2 I. h. t., l. 52 §. 2. 7 l. 80 D. h. t., l. 1 C. h. t.

[13] L. 58 pr. §. 1 l. 52 §. 2 D. h. t. Ob das Eine oder das Andere gewollt sei, ist lediglich nach den Umständen des einzelnen Falles zu bestimmen. Vgl. Gesterding Irrthümer S. 291 fg., Guyet Abhandlungen Nr. 9,

einen Geldwerth habe, ist nicht nothwendig[14], obgleich dieß das Regelmäßige ist.

Aus dem Begriff der Gesellschaft folgt, daß jeder Gesellschafter einen Beitrag geben, und jeder einen Antheil an dem Gesellschaftsvortheil haben muß; ist das Eine oder das Andere nicht der Fall, so liegt nicht Gesellschaft vor, sondern eine unter dem Namen der Gesellschaft versteckte Schenkung[15]. Dagegen wird der Begriff des Gesellschaftsvertrages dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Größe des Antheils eines Gesellschafters der Größe seines Beitrages nicht entspricht[16]. Auch das kann bei der Gesellschaft ausgemacht werden, daß, wenn sich als Resultat der gemeinschaftlichen Unternehmung Schaden ergeben sollte, derselbe nach einem andern Verhältniß getheilt werden solle, als der sich etwa ergebende Gewinn, selbst das, daß der Schaden einen Gesellschafter allein treffen solle[17].

Geschlossen wird der Vertrag durch die erklärte Einigung der Parteien über die wesentlichen Punkte. Einer Form bedarf die Erklärung dieser Einigung nicht[18].

Treitschke §. 32. 33, Vangerow §. 651 Anm. 2, Sintenis Anm. 24, Holzschuher III §. 304 Nr. 4, Rösler Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 259—261.

[14] S. §. 251 Note 3. — HGB. Art. 91.

[15] L. 29 §. 2 D. h. t., l. 5 §. 2 eod., l. 16 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 32 §. 24 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Seuff. Arch. XVI. 110.

[16] Scheinbar widersprechend ist l. 29 pr. D. h. t., vgl. §. 1 eod. Aber diese Stelle will wohl nur sagen, daß in einem solchen Falle der Vertrag nicht ausschließlich als Gesellschaftsvertrag, sondern auch als Schenkungsvertrag gelte (s. g. negotium mixtum donatione). Wenigstens ist nicht abzusehen, weßwegen eine Vereinbarung der gedachten Art den ganzen Gesellschaftsvertrag eher ungültig machen sollte, als der Kaufvertrag durch zu niedrige Ansetzung des Kaufpreises ungültig wird (l. 38 D. de contr. emt. 18. 1, l. 5 §. 5 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). S. auch §. 1 I. h. t. Treitschke §. 4, Unterholzner S. 383 Note t, Sintenis Anm. 35 a. E.

[17] L. 29 §. 2 l. 30 D. h. t., §. 2 I. h. t. Vangerow §. 651 Anm. 1. Ist bloß über den Antheil am Gewinn, oder bloß über den Antheil am Schaden etwas ausgemacht, so gilt die gleiche Festsetzung auch für das Gegentheil, §. 3 I. h. t.

[18] Für den Handelsvertrag erfordern Particularrechte schriftliche Form und öffentliche Bekanntmachung; das HGB. (Art. 86—89. 151—154) erfordert letztere, jedoch nicht als Bedingung der Gültigkeit. — Verstellung von Be-

2. Rechtsverhältnisse.

a. Nach Innen.

§. 406.

Die Verpflichtungen der Gesellschafter gegen einander stehen unter freiem richterlichen Ermessen[1]. Die Hauptpunkte sind folgende.

1. Jeder Gesellschafter hat den versprochenen Beitrag zu liefern, also, wenn derselbe in Arbeit besteht, die betreffenden Dienste zu leisten[2]. Wird ihm die Lieferung des versprochenen Beitrages unmöglich, so haftet er außer wegen Arglist auch wegen derjenigen Nachlässigkeit, welche er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt[3]; ist die Unmöglichkeit ohne seine Schuld

---

stimmungen des Vertrags auf das Ermessen eines Dritten oder eines Gesellschafters: l. 75—80 l. 6 D. h. t. Bedingung und Befristung: l. 1 pr. D. l. 6 C. h. t. — Stillschweigender Abschluß: Holzschuher III §. 304 Nr. 1.

§. 406. [1] Die actio aus dem Gesellschaftsvertrag (actio pro socio) ist actio bonae fidei, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 52 §. 1 D. h. t. Dieselbe ist „ab utraque parte directa“, §. 2 I. de poena tem. litig. 4. 16. — Man bemerke: es gibt nur Verpflichtungen der Gesellschafter gegen einander; es gibt nicht Verpflichtungen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter, oder umgekehrt, als wäre die Gesellschaft eine von den Personen der Gesellschafter verschiedene, eine juristische Person. Wenn man von Verpflichtungen der Gesellschaft und gegen die Gesellschaft spricht, so ist „Gesellschaft“ nur ein abgekürzter Ausdruck für die Personen der Gesellschafter. Seuff. Arch. XII. 271 (vgl. III. 198). — Anders nur bei der Actiengesellschaft; diese ist in Wirklichkeit juristische Person. S. I §. 58 Note 5.

[2] Bei der Gesellschaft des ganzen Vermögens muß auch dasjenige beigetragen werden, was ein Gesellschafter in Folge einer gegen ihn verübten unerlaubten Handlung, nicht aber, was er durch eigene unerlaubte Handlung erworben hat. L. 52 §. 16. 17 l. 53—55 D. h. t. — Bei der genannten Gesellschaft bedarf es für die zur Zeit der Eingehung vorhandenen körperlichen Sachen keiner besondern Tradition; dieselbe gilt als stillschweigend gemacht (constitutum possessorium). S. I §. 171 Note 2. Treitschke §. 37, Sintenis Anm. 20.

[3] Die Quellen sagen bald allgemein, der Gesellschafter hafte auch für Nachlässigkeit, bald bestimmen sie die Nachlässigkeit, für welche er haftet, näher in der im Text bezeichneten Weise. L. 52 §. 2. 3. 11 D. h. t.; l. 72 D. h. t., §. 9 I. h. t. Hasse Culpa §. 69, Treitschke §. 21—24, Ubbelohde Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 238—241. — HGB. Art. 94.

eingetreten, so braucht er zwar keinen Ersatz zu leisten, aber es sind nun auch die anderen Gesellschafter zur Leistung ihres Beitrages nicht verpflichtet, ausgenommen in dem Falle, wo von ihrer Seite bereits eine Entäußerungserklärung vorliegt[4].

2. Auch in dem Falle, wo der Gesellschafter durch sein Verhalten in Gesellschaftsangelegenheiten der Gesellschaft einen Schaden zufügt, wird ihm als Schuld außer der Arglist nur die zuvor bezeichnete Nachlässigkeit angerechnet[5]. Ueberläßt er die Besorgung von Gesellschaftsangelegenheiten, welche er selbst hätte besorgen sollen, Andern, so haftet er für den daraus entstehenden Nachtheil unbedingt[6].

3. Der Gesellschafter muß herausgeben[7], was er für die Gesellschaft[8] oder aus Gesellschaftsvermögen[9] erworben hat. Um-

---

[4] S. l. 58 pr. §. 1 D. h. t. und §. 321 Nr. 3. Man bemerke in l. 58 pr. cit. die Worte: „si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur“. Es wird nicht Tradition verlangt, damit der Gesellschafter von der Gefahr des Unterganges der beizutragenden Sache frei sei. Vgl. Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 143. 144; abweichende Ansichten bei Wächter Arch. f. civ. Pr. XV S. 206—211, Mommsen Beiträge I §. 33.

[5] L. 52 §. 2. 3. 11 D. h. t. in Verbindung mit dem in Note 3 Gesagten. — Seuff. Arch. IX. 28.

[6] L. 23 pr. §. 1 D. h. t. Vgl. §. 401 Note 5, auch §. 258 Note 4. Burchardi über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen S. 46 fg., v. Wyß die Haftung für fremde Culpa S. 111 fg.; abweichend Ubbelohde Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 285 fg.

[7] D. h. in das gemeinschaftliche Vermögen bringen (communicare), l. 67 pr. D. h. t.

[8] L. 52 pr. l. 67 pr. l. 74 D. h. t. Vgl. l. 52 §. 5 D. h. t. Seuff. Arch. VI. 194.

[9] L. 38 §. 1 D. h. t., l. 1 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 60 pr. D. h. t.; vgl. l. 63 §. 9 D. h. t. Dahin gehört namentlich auch der Nutzen, welchen der Gesellschafter dadurch zieht, daß er Gesellschaftsgeld, oder Geld welches er der Gesellschaft herausgeben müßte, in seinen eigenen Nutzen verwendet, l. 1 §. 1 cit., l. 60 pr. cit. („si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit“; der Anfang der Stelle ist ungeschickt ausgedrückt, vgl. Sintenis Anm. 21, aber auch Mommsen Beiträge III S. 238. 239). Dagegen braucht er Zinsen, welche er von Geld der bezeichneten Art durch Ausleihung für sich zieht, nach allgemeinen Grundsätzen (§. 327 Note 12) nicht herauszugeben, weil er die Gefahr der Ausleihung trägt. Hat er sich aber widerrechtlich in den Besitz von Gesellschaftsgeld gesetzt, so zahlt er Zinsen wegen der dadurch begründeten mora ex re (§. 278 Nr. 2), l. 1 §. 1 cit. (— „quod pecuniam communem invaserit“), und war er verpflichtet, das Geld für die

gekehrt kann er Ersatz für die Aufopferungen verlangen, welche er im Interesse der Gesellschaft gemacht hat[10], so wie für den Schaden, welchen er bei Gelegenheit der Besorgung von Gesellschaftsangelegenheiten erlitten hat[11]. — Bei der Gesellschaft des ganzen Vermögens kann der Gesellschafter verlangen, daß alle Schulden aus der Gemeinschaft bezahlt werden; nur seine Delictsschulden werden ihm auf seinen Theil allein angerechnet[12].

4. Der Gesellschafter hat Anspruch auf Herausgabe eines verhältnißmäßigen Theils des Gesellschaftsvortheils. Ueber die Größe dieses Antheils entscheidet die Festsetzung im Vertrage; bei Mangel derselben kommt jedem Gesellschafter ein gleicher Antheil zu[13]. Das Gesagte gilt sowohl für die Vertheilung der Einkünfte des gemeinschaftlichen Vermögens bez. des laufenden Gewinnes, als für die Vertheilung des gemeinschaftlichen Vermögens selbst nach Auflösung der Gesellschaft, bez. des dann sich herausstellenden Gewinnes[14].

Gesellschaft zinsbar anzulegen, so zahlt er Zinsen als Schadensersatz. — HGB. Art. 95.

[10] L. 38 §. 1 l. 52 §. 10. 12. 15 l. 67 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t. Mit Zinsen, weil er sonst keinen vollen Ersatz haben würde: l. 67 §. 2 D. h. t. Seuff. Arch. IX. 30. — HGB. Art. 93 Abs. 1. 3.

[11] L. 52 §. 4 l. 60 §. 1 l. 61 D. h. t. Bei Gelegenheit: anders beim Mandate, l. 26 §. 6 D. mand. 17. 1.

[12] L. 27 l. 73 l. 81 D. h. t., l. 39 §. 3 D. fam. herc. 10. 2; l. 52 §. 18 l. 59 D. h. t. Bedingte und befristete Schulden: l. 27. 28 D. h. t. (I §. 89. 96).

[13] §. 1 I. h. t., l. 29 pr. D. h. t. Es ist zwar vielfach behauptet worden, in diesen Stellen seien unter „aequae, aequales partes" verhältnißmäßig gleiche Theile zu verstehen; aber diese Auslegung ist offenbar willkürlich. Vgl. Vangerow §. 655 Anm. und die daselbst Genannten. Seuff. Arch. VII. 175. Die Quellen finden es allerdings durchaus billig, daß der Antheil an dem Gesellschaftsvortheil nach der Höhe des Beitrages bestimmt werde, l. 6 l. 76—80 D. h. t.; nach den oben genannten Stellen aber muß man annehmen, daß sie in der Unterlassung der Festsetzung von Gesellschaftsantheilen entweder die Erklärung finden, die scheinbar ungleichen Antheile seien in der Wirklichkeit gleich, indem nämlich die Persönlichkeit der Gesellschafter mit in die Wagschale gelegt wird (l. 80 i. f. D. h. t.), oder einen Verzicht des einen größeren Beitrag leistenden Gesellschafters. — HGB. Art. 109. „Der Gewinn oder Verlust wird, in Ermangelung einer andern Vereinbarung, unter die Gesellschaft nach Köpfen vertheilt". Vgl. Art. 268 (106).

[14] Nach Auflösung der Gesellschaft ist, wenn die Gesellschaft lediglich auf

5. Die Gesellschafter haben gegen einander die Rechtswohlthat des Nothbedarfs[15]. Der durch die Zahlungsunfähigkeit eines Gesellschafters entstehende Schaden ist auf alle zu vertheilen[16].

b. Nach Außen*.

§. 407.

So wenig die Gesellschaft den Gesellschaftern gegenüber eine von ihnen verschiedene Person bildet[1], so wenig thut sie dieß gegenüber Dritten[1a]. Auch Dritten gegenüber gibt es nur Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschafter, nicht Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft[2]. Dieß ist von Wichtigkeit nament-

---

Gemeinschaftlichwerden von Vermögensstücken gerichtet war, das vorhandene Vermögen nach den Gesellschaftsantheilen zu vertheilen, ohne Rücksicht auf die Größe der von den einzelnen Gesellschaftern eingeschossenen Beiträge. Dagegen ist bei einer auf Erzielung von Gewinn gerichteten Gesellschaft nach den Gewinnantheilen der einzelnen Gesellschafter eben auch nur der vorhandene Gewinn zu vertheilen, nicht dagegen das vorhandene Vermögen. Gewinn ist aber nur der Ueberschuß über die gemachten Einlagen; jeder Gesellschafter zieht also vorher seine ganze Einlage zurück, und nicht etwa nur den seinem Gewinnantheil entsprechenden Theil derselben. Vgl. hierüber namentlich Vangerow §. 651 Anm. 2 Nr. 2. Seuff. Arch. VII. 175. — Kann nach Auflösung der Gesellschaft auf Grund des Gesellschaftsvertrages auch reelle Abtheilung des Gemeinschaftlichen verlangt werden? Ohne allen Zweifel, obgleich bei den Römern dem iudex in der actio pro socio die Adjudicationsbefugniß fehlte. L. 43 D. h. t., l. 1 D. comm. div. 10. 3.

[15] S. §. 267 Nr. 6.

[16] L. 65 §. 5 l. 67 pr. D. h. t.

* Vangerow §. 653 Anm., Sintenis S. 707—710, Treitschke §. 54 fg., Thöl Handelsr. I §. 37. 38. §. 407.

[1] S. §. 406 Note 1.

[1a] Abgesehen auch hier von der Actiengesellschaft. — Ueber die römische societas publicanorum s. die I §. 57 Note 2[a] Genannten.

[2] Dieß gilt im Principe auch von der modernen Handelsgesellschaft, obgleich in derselben eine Neigung zur Ausbildung als selbständige Rechtspersönlichkeit nicht zu verkennen ist. HGB. Art. 111 (vgl. Seuff. Arch. XIII. 57). 113. 119—122. In der That ist denn auch schon mehrfach, vor und nach dem Handelsgesetzbuch, für die Handelsgesellschaft die Eigenschaft einer juristischen Person in Anspruch genommen worden. S. namentlich Gelpcke in seiner Zeitschrift für Handelsrecht Heft 2 Nr. 1, Ladenburg Zeitschr. f. Handelsr. I S. 136—141 und Arch. f. Wechselr. X S. 227 fg.,

lich in Betreff der Verbindlichkeiten. Für die in Gesellschaftsangelegenheiten erwachsenden Verbindlichkeiten haftet nicht die Gesellschaft, sondern es haften dafür die Gesellschafter, sämmtliche oder einzelne, und daher, wie für andere Verbindlichkeiten, mit ihrem ganzen Vermögen; sie können nicht etwa die Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen beschränken[3], obgleich sie allerdings verlangen können, daß das Gesellschaftsvermögen zuerst angegriffen werde[4]. Die Frage, ob aus den Rechtsgeschäften, welche ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten abschließt, auch die übrigen Gesellschafter unmittelbar[5] berechtigt und verpflichtet werden, beantwortet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Danach tritt eine solche unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung ein, wenn der Gesellschafter in befugter Vertretung der übrigen gehandelt hat[6]; und zwar haften für die in dieser Weise begrün-

---

Randa das. XV S. 25 fg., Salkowski a. a. O. §. 7, außerdem die Citate bei Thöl §. 39 Note 19. — Versuche, das Recht der Handelsgesellschaft an die römische Lehre vom Peculium anzuknüpfen oder es darauf zu gründen: Dietzel Zeitschr. f. Handelsr. II S. 1 fg., Rösler das. IV S. 300 fg., Bekker das. S. 537 (vgl. §. 484 Note 20). Eigenthümliche Auffassung bei Kuntze Zeitschr. f. Handelsr. VI S. 208 fg., welcher das bewegende Princip der Handelsgesellschaft in der deutschrechtlichen Idee der gesammten Hand findet.

[3] So auch das HGB. Art. 112. Art. 85 Abs. 1. — Eine Ausnahme findet statt bei der, lediglich dem modernen Recht angehörigen, stillen oder Commanditgesellschaft (nach dem HGB., welches beide unterscheidet, stillen und Commanditgesellschaft). Bei dieser Art der Gesellschaft haftet der stille Gesellschafter oder Commanditist nur mit seiner Einlage, tritt aber auch nach Außen als Gesellschafter gar nicht hervor, so daß die Gläubiger ein Klagerecht bloß gegen den s. g. Complementar haben (nach dem HGB. gilt dieses letztere nur für die stille Gesellschaft). Thöl Handelsr. I §. 40—43a. HGB. Art. 150—172. 250—265.

[4] L. 65 §. 14 D. h. t. Diese Stelle handelt zwar nur von dem Fall, wo der Gläubiger seinerseits ein Gesellschafter ist;. aber es ist kein Grund vorhanden, ihre Entscheidung auf diesen Fall zu beschränken. — HGB. Art. 122.

[5] Unmittelbar, ohne dazwischen liegendes Rechtsgeschäft zwischen den Gesellschaftern.

[6] Vgl. Seuff. Arch. XII. 60. Bei Handelsgesellschaften hat die Vertretungsbefugniß, wer das Recht hat, für die Firma der Gesellschaft zu zeichnen. Dieses Recht steht im Zweifel kraft stillschweigender Einräumung jedem Gesellschafter zu. Thöl §. 38 Nr. 3. Seuff. Arch. II. 179, III. 195. 197. 360, IV. 115, XI. 287, XII. 270; vgl. II. 287. 288, X. 46. (HGB. Art. 114—

beten Verbindlichkeiten die sämmtlichen Gesellschafter als Correalschuldner[7]. Hatte der Gesellschafter keine Vertretungsbefugniß, so haften die übrigen Gesellschafter nur, soweit die Gesellschaft durch das Geschäft bereichert worden ist[8], und nur für ihren Theil[9]. — Neu eintretende Gesellschafter haften für die früher entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten nur, wenn sie dieselben mit übernommen haben[10].

3. Beendigung.

§. 408.

Die Gesellschaft hört auf durch den Ablauf der Zeit[1], für welche, und den Eintritt der auflösenden Bedingung[1], unter wel=

116.) Bei andern Gesellschaften haben die Gesellschafter nicht ohne Weiteres Vertretungsbefugniß. Seuff. Arch. XII. 270.

[7] In der dem Gesellschafter ertheilten Vollmacht liegt ein Sichanheischigmachen dem dritten Contrahenten gegenüber, und ein solches Sichanheischigmachen verbindet die Mehreren, von welchen es ausgeht, solidarisch; die Einheit der Obligation aber, welche die mehreren Haftenden zu Correalschuldnern macht, beruht auf der Einheit des Begründungsactes. S. §. 482 Note 16. 16a. Dabei kann es auch keinen Unterschied machen, ob der Gesellschafter als Institor (§. 482), oder im Namen der übrigen Gesellschafter contrahirt. Vgl. Thöl Handelsr. I S. 212. 221, Gensel Arch. f. prakt. RW. N. F. I S. 177 fg.; aber auch das Erk. des AG. zu Flensburg bei Seuff. Arch. XX. 127. Nach dem §. 293 Note 8 Gesagten kommt übrigens dem Gesellschafter die Rechtswohlthat der Theilung zu Gute. Uebereinstimmend Sintenis Anm. 98; a. M. Vangerow S. 493, Thöl a. a. O. S. 212, s. auch Holzschuher III §. 306 Nr. 1. I. A., Seuff. Arch. III. 360, XII. 13. — Uebernehmen die sämmtlichen Gesellschafter selbst und im eigenen Namen eine Verbindlichkeit, so haftet jeder nur für seinen Gesellschaftstheil. L. 11 §. 2 D. de duob. reis 45. 2, l. 44 §. 1 D. de aed. ed. 21. 1, l. 4 D. de exerc. act. 14. 1. Vangerow a. a. O. Nr. I, Sintenis Anm. 91, Thöl §. 37 a. E. S. jedoch auch die Bemerkungen von Gensel a. a. O. S. 208 fg.

[8] L. 82 D. h. t. Vangerow a. a. O. II. 2. b. c, Sintenis a. a. O. Nr. 2 und Anm. 92, Thöl §. 37 Note 18. 19. Letzterer läßt den Gesellschafter auch dann haften, wenn das Geschäft nicht für die Gesellschaft abgeschlossen worden ist. Vgl. darüber und dagegen §. 483 Note 5.

[9] L. 10 §. 4 l. 13 D. de in rem verso 15. 3.

[10] Welche Uebernahme aber auch durch öffentliche Bekanntmachung geschehen kann. Seuff. Arch. II. 178. Weiter geht das HGB. Art. 113. Vgl. Thöl Handelsr. §. 39. IV Nr. 4.

[1] L. 1 pr. D. h. t. §. 408.

cher sie eingegangen worden ist, durch Erschöpfung[2] oder Unmöglichwerden[3] ihres Zweckes, durch Vereinbarung; außerdem aber durch einseitigen Rücktritt und durch Tod eines Gesellschafters, so wie dadurch, daß ein Gesellschafter sein ganzes Vermögen verliert.

1. Einseitiger Rücktritt[4]. Derselbe darf nicht unzeitig erfolgen, d. h. nicht in einer die Gesellschaftsinteressen schädigenden Weise; sonst haftet der Rücktretende auf Schadensersatz[5]. Ebenso wenig darf der Rücktritt in arglistiger Weise erfolgen, d. h. in der Absicht, einen Gewinn, welcher sonst in die Gesellschaft fallen würde, für sich allein zu ziehen; sonst fällt der Gewinn in die Gesellschaft dennoch, während, wenn statt des gehofften Gewinnes sich Schaden ergeben sollte, der Gesellschafter diesen allein trägt[6]. Ist die Gesellschaft für eine gewisse Zeit eingegangen, so ist der Rücktritt vor Ablauf derselben nur aus rechtfertigenden Gründen gestattet[7]; beim Rücktritt ohne rechtfertigenden Grund steht es im Belieben des andern Gesellschafters, ob die Gesellschaft als fortbestehend, oder als aufgelöst behandelt werden soll[7a]. Ebenso steht es im Belieben des andern Gesellschafters, von welchem Zeitpunkte an die Gesellschaft als aufgelöst gelten soll, wenn ihm die Rücktrittserklärung erst später zugeht[8].

2. Tod eines Gesellschafters[9]. Die Gesellschaft geht nicht auf

---

[2] L. 65 §. 10 D. h. t., §. 6 I. h. t.

[3] L. 63 §. 10 D. h. t.

[4] L. 4 §. 1 l. 63 §. 10 D. h. t., l. 5 C. comm. div. 3. 37, §. 6 I. h. t. Treitschke §. 67—69. Seuff. Arch. XX. 44.

[5] L. 14 l. 17 §. 2 l. 65 §. 5 D. h. t. — Das HGB. Art. 114 verlangt sechsmonatliche Kündigung.

[6] L. 65 §. 3. 4 D. h. t., §. 4 I. h. t.

[7] L. 14 l. 15 l. 16 pr. l. 65 §. 6 D. h. t. Ob ein rechtfertigender Grund vorliege, hat im einzelnen Fall der Richter zu entscheiden. Vgl. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck II. 42. HGB. Art. 125. — Kann der Gesellschaftsvertrag gültig auf Lebenszeit eingegangen werden? Allerdings, l. 1 pr. D. h. t.; nicht steht entgegen l. 70 eod. A. M. Treitschke §. 67, Sintenis Anm. 108; Seuff. Arch. XVI. 45.

[7a] L. 65 §. 6 D. h. t.

[8] Ob die Gesellschaft als aufgelöst gelten soll vom Rücktritt an, oder erst von der Zeit an, wo ihm die Rücktrittserklärung zugegangen ist. L. 17 §. 1 l. 65 §. 8 D. h. t.

[9] §. 5 I. h. t.: — „quia, qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit“. L. 60 pr. i. f. l. 63 §. 10 l. 65 §. 9 D. h. t. Nach römischem

die Erben des Gestorbenen über[10], nicht einmal, wenn dieß ausdrücklich ausgemacht worden ist[11]. Jedoch ist der Erbe verpflichtet, sich der von seinem Erblasser begonnenen Geschäfte anzunehmen, wobei er aber nur für Arglist und grobe Nachlässigkeit haftet[12]. Geschäfte, welche ein Gesellschafter für die Gesellschaft abschließt, ehe er von dem Tode des Gesellschafters erfahren hat, gelten als Gesellschaftsgeschäfte[13].

3. Verlust des ganzen Vermögens[14]. Derselbe kann erfolgen durch Concurs, durch Confiscation[15], in anderer Weise[16]. —

Für alle Fälle der Beendigung der Gesellschaft gilt, daß die Gesellschaft fortwirkt für den Erwerb und Verlust, welcher nach ihrer Beendigung durch früher vorgenommene Gesellschaftshandlungen herbeigeführt wird[17]. —

Beschließen nach dem Wegfall eines Gesellschafters die übrigen, in Gesellschaft zu bleiben, so ist dieß Begründung einer neuen

Rechte wirkte wie der Tod auch die capitis diminutio, l. 4 §. 1 l. 63 §. 10 D. h. t., Gai. III. 153.

[10] L. 63 §. 8 l. 65 §. 11 D. h. t., l. 6 §. 6 D. de his qui not. 3. 2.

[11] L. 35 l. 52 §. 9 l. 59 pr. D. h. t. Ist dieß nicht durch l. un. C. ut act. et ab her. 4. 11 (§. 316 Note 8) anders geworden? Mir scheint es ungerechtfertigt, die Aufnahme der genannten Pandektenstellen einem bloßen Versehen der Compilatoren zuzuschreiben. A. M. Dietzel Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII S. 435. 436; s. auch Treitschke S. 196. 197, Holzschuher III §. 307 Nr. 2. — Anders HGB. Art. 123 Nr. 2.

[12] L. 40 l. 35 D. h. t. (vgl. zu letzterer Stelle l. 68 pr. D. de contr. emt. 18. 1, und überhaupt l. 1 pr. l. 4 pr. D. de fidei. tut. 27. 7). L. 36 l. 65 § 9 D. h. t. sind von der vom Erblasser begangenen Nachlässigkeit zu verstehen.

[13] L. 65 §. 10 D. h. t.

[14] Treitschke §. 70. 71.

[15] L. 65 §. 1. 12 D. h. t., §. 7. 8 I. h. t. — Kann der Gesellschafter, welcher den Antheil des Gesellschafters an die Concursmasse herausgibt, seine Forderungen aus der Gesellschaft abziehen? Treitschke §. 95. 96. HGB. Art. 126. — Separationsrecht der Gesellschaftsgläubiger überhaupt? Thöl S. 225: „Gemeinrechtlich gilt kein Particularconcurs der Handelsgläubiger". Treitschke §. 100; fernere Literatur oben §. 272 Note 7. Ein Separationsrecht gibt den Gläubigern im Falle des Concurses der Gesellschaft das HGB. Art. 122.

[16] L. 4 §. 1 D. h. t. „Dissociamur . . . egestate".

[17] L. 27. 28 l. 38 l. 63 §. 8 l. 65 §. 2. 9 D. h. t. Seuff. Arch. IX. 30. Vgl. HGB. Art. 130 Abs. 2.

[18] §. 8 I. h. t. Vgl. l. 58 §. 3 D. h. t. — HGB. Art. 128.

Gesellschaft, nicht Fortsetzung der alten[18]. Ein solches Verbleiben in der Gesellschaft kann auch im Voraus ausgemacht werden[19].

F. Der Auftrag*.

1. Begriff und Abschluß.

§. 409.

Durch Ertheilung und Uebernahme eines Auftrages[1] kommt ein Vertrag zu Stande[2], welcher für beide Parteien Verpflichtungen erzeugt (§ 410). Die Thätigkeit, auf welche der Auftrag gerichtet ist, darf keine unerlaubte[3], kann im Uebrigen von der verschiedensten Art sein, namentlich sowohl rechtlicher[4], als factischer Natur. Sie kann ferner eine mehr oder minder umfassende sein; die umfassendste ist die Besorgung aller Angelegenheiten des Auftraggebers[5].

Der Auftrag ist seiner Natur nach unentgeltlich[6]; doch verträgt er nicht bloß ein freiwillig gegebenes Honorar, sondern auch das Versprechen eines Honorars[7]. —

Der Auftrag hat noch eine andere Seite, als die, daß er Verpflichtungen zwischen den Parteien begründet. Insofern er

---

[19] L. 65 §. 9 D. h. t., §. 5 I. h. t. — HGB. Art. 127.

§. 409. * Inst. 3. 26 de mandato. Dig. 17. 1 Cod. 4. 35 mandati vel contra. — Kritz Pandektenrecht Th. I Band 1 S. 1—114. Glück XV S. 239—370; Unterholzner II S. 585—600, Sintenis II §. 113, Holzschuher III §. 273.

[1] Mandatum. Der Auftraggeber wird in den Quellen mandans oder mandator genannt; die Bezeichnung mandatarius für den Beauftragten ist nicht quellenmäßig.

[2] L. 1 pr. — §. 2 D. h. t. Stillschweigende Eingehung: l. 6 §. 2 l. 18 l. 53 D. l. 6 C. h. t. Holzschuher a. a. O. Nr. 1. Seuff. Arch. VIII. 254, XII. 269.

[3] L. 6 §. 3 l. 22 §. 6 D. h. t., §. 7 I. h. t.

[4] Z. B. Abschluß eines Rechtsgeschäfts, Führung eines Processes.

[5] L. 1 §. 1 l. 63 D. de proc. 3. 3, l. 25 §. 1 D. de min. 4. 4. — Mandatum incertum: l. 46 D. h. t. Holzschuher a. a. O. Nr. 3.

[6] L. 1 §. 4 D. h. t. „Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit: contrarium ergo est officio merces . .“. §. 13 I. h. t.

[7] L. 6 pr. l. 7 D. l. 1 C. h. t.

auf eine Thätigkeit rechtlicher Art gerichtet ist, bewirkt er auch, daß die Handlung des Beauftragten dritten Personen gegenüber dieselbe rechtliche Wirkung habe, als hätte der Auftraggeber sie selbst vorgenommen; mit anderen Worten, in dem bezeichneten Fall liegt in dem Auftrag zugleich eine Vollmacht[8]. Es kann übrigens eine Vollmacht auch ohne Auftrag gegeben werden[9].

2. Verpflichtungen.

§. 410.

Die Verpflichtungen aus dem Auftragsvertrag stehen unter freiem richterlichen Ermessen[1]. Die Hauptpunkte sind folgende.

1. Der Beauftragte ist verpflichtet[2], den übernommenen Auftrag pünktlich auszuführen, und haftet dabei[3] nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen jeder Nachlässigkeit[4]. Ueberläßt er

---

[8] Unsere Sprache ist hier reicher als die römische, welche für beide Begriffe nur den Ausdruck mandatum hat.

[9] Vgl. l. 42 §. 2 D. de proc. 3. 3. „Ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit. Aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati; sicut evenit, cum in rem suam procuratorem praestamus, eoque nomine iudicatum solvi promittimus. Nam si ex ea promissione aliquid praestiterimus, non mandati, sed ex vendito, si hereditatem vendidimus, vel ex pristina causa mandati agere debemus, ut fit, cum fideiussor reum procuratorem dedit".

[1] Die actio mandati ist actio bonae fidei, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 2 §. 410.
§. 3 l. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 10 §. 3 D. h. t.

[2] Actio mandati directa.

[3] Mag er den Auftrag schlecht, oder mag er ihn gar nicht ausgeführt haben. L. 5. 11 C. h. t., l. 5 §. 1 l. 8 §. 4. 10 l. 22 §. 11 l. 27 §. 2 D. h. t.

[4] L. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 11. 13. 21 C. h. t., l. 8 §. 10 l. 10 §. 1 l. 22 §. 11 D. h. t. Die Haftung des Beauftragten wegen Nachlässigkeit, obgleich er von dem Geschäfte keinen Nachtheil hat (§. 265 Nr. 4), erklärt sich daraus, daß in dem Versprechen, etwas für einen Andern besorgen zu wollen, stillschweigend das Versprechen der Sorgfalt liegt (worauf das deutsche Wort hinweist: besorgen). Vgl. über diesen Punkt Hasse Culpa §. 94, Bethmann-Hollweg das. S. 569, v. d. Pfordten Abhandlungen S. 315, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V S. 115 fg., Ubbelohde Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 225 fg., Ihering Arch. f. prakt. RW. N. F. IV S. 248 fg. Schuldmoment S. 52. Ueber Collat. X. 2 §. 1—3 (vgl. l. 8 §. 10 init. l. 10 pr. D. h. t.) s. Hasse a. a. O. §. 94, Huschke a. a. O. S. 113

die Ausführung des Auftrags einem Andern, so ist zu unterscheiden, ob ihm dieß, nach der ausdrücklichen Bestimmung oder im Sinne des Vertrages, gestattet war, oder nicht[5]; im letzten Falle haftet er für die Fehler des von ihm Angestellten unbedingt[5a], im ersten Falle nur dann, wenn er die Untauglichkeit des Angestellten kannte oder kennen mußte[6]. — Was dem Beauftragten zum Zwecke der Ausführung des Auftrages übergeben worden ist, muß er nach Beendigung des Auftrages, insoweit er es nicht dem Auftrage gemäß verbraucht hat, zurückerstatten; ebenso muß er herausgeben, was auf Grund der Ausführung des Auftrages in seine Hände gelangt ist[7]. Zieht er von dem in seinen Händen Befindlichen Früchte oder Zinsen, so muß er auch diese herausgeben[8]; zieht er keine Früchte oder Zinsen, so kommt

---

fg. — Vgl. auch noch §. 404 Note 4. — Bedeutung der dem Beauftragten ertheilten Instruction: Seuff. Arch. II. 40. 41. — Beweislast: Kierulff Entscheid. d. OAG. zu Lübeck I S. 455; vgl. §. 430 Note 5 a. E., §. 439 Note 7.

[5] Unterholzner S. 595 und Sintenis S. 577 lehren, daß Ersteres als Regel anzunehmen sei. Dieß geht weder aus §. 11 I. h. t. noch aus l. 8 §. 3 D. h. t., welche beide Stellen von den genannten Schriftstellern in Bezug genommen werden, hervor.

[5a] Vgl. l. 2 §. 1 D. si mensor 11. 6.

[6] Nur wegen s. g. culpa in eligendo. Vgl. §. 401 Note 5, und aus der daselbst citirten Schrift von Burchardi S. 42. 113, aus den daselbst citirten Aufsätzen von Ubbelohde Arch. S. 241—242. Zeitschr. S. 247, v. Wyß die Haftung für fremde Culpa S. 91—92. Seuff. Arch. III. 46, XVIII. 240. Jedenfalls aber muß der Beauftragte dem Auftraggeber seine Ansprüche gegen den von ihm Angestellten herausgeben, l. 8 §. 3 D. h. t., vgl. l. 21 §. 3 D. de neg. gest. 3. 5.

[7] Im Allgemeinen: l. 20 pr. D. h. t. („Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet"), l. 8 §. 9 eod. Im Besonderen: l. 8 pr. §. 10 l. 10 §. 6 l. 43 l. 45 pr. D. h. t., l. 46 §. 4 D. de proc. 3. 3, l. 49 §. 2 D. de acq. vel am. poss. 41. 2, l. 9 pr. D. de edendo 2. 13. Seuff. Arch. V. 12, IX. 153, X. 45, XI. 150. — Rückgabe der Vollmachtsurkunde? Seuff. Arch. XIX. 40.

[8] L. 10 §. 2. 3. 8. 9 D. h. t. Doch braucht er nach allgemeinen Grundsätzen (§. 327 Note 12) die gezogenen Zinsen dann nicht herauszugeben, wenn die Ausleihung auf seine Gefahr geschehen ist, l. 10 §. 8 i. f. D. h. t. Dabei ist freilich zuzusehen, ob er nicht zur Zinsenziehung verpflichtet war; in diesem Falle zahlt er zwar nicht die gezogenen Zinsen, wohl aber Ersatz dafür, daß er keine gezogenen Zinsen herauszugeben hat.

es darauf an, ob er hierzu nach Inhalt des Auftrages verpflichtet war[9]. Jedenfalls zahlt er Zinsen von dem Gelde, welches er in seinen eigenen Nutzen verwendet hat[10].

2. Der Auftraggeber ist verpflichtet[11], dem Beauftragten die Aufopferungen[12] zu ersetzen[13], welche derselbe in oder bei der Ausführung des übernommenen Auftrages gemacht hat[14], — wenn für dieselben im Vertrage eine Grenze festgesetzt ist, innerhalb dieser Grenze[15], sonst so weit die Aufopferungen nothwendig waren oder dem Beauftragten nach seinem redlichen Ermessen als nothwendig erscheinen mußten[16]. Mehrere Auftraggeber haften dabei solidarisch[17]. Den Schaden dagegen, welchen der Beauftragte bloß bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrages erleidet, bekommt er nur dann ersetzt, wenn dabei den Auftraggeber

---

[9] L. 13 §. 1 D. de usur. 22. 1. Vgl. Seuff. Arch. XVI. 33.

[10] L. 10 §. 3 D. h. t. Er zahlt ortsübliche Zinsen (l. 10 §. 3 D. h. t., vgl. §. 260 Note 5), höchste erlaubte Zinsen aber, nach dem Principe der l. 38 D. de neg. gest. 3. 5 (§. 2?0 Note 3), wenn das Geld, welches er in seinen Nutzen verwendet hat, nicht dem Auftraggeber herauszugeben, sondern in dessen Interesse zu verwalten war.

[11] Actio mandati contraria.

[12] Mögen dieselben in Veräußerungen bestehen, oder in Uebernahme von Verbindlichkeiten, oder in Entbehrung eines Gewinnes, oder in Abnutzung von Sachen, oder in sonstiger Entwerthung von Vermögensstücken.

[13] Bei ausgelegtem Geld mit Zinsen, l. 12 §. 9 D. l. 1 C. h. t. Seuff. Arch. III. 50, VI. 35, VIII. 46. Unter Umständen kann der Beauftragte auch Vorschuß verlangen, l. 12 §. 17 D. h. t. Wer einen Auftrag, zu zahlen, übernommen hat, kann Ersatz schon verlangen, wenn er verurtheilt worden ist, l. 45 §. 4 D. h. t., l. 38 §. 1 D. l. 6. 10 C. h. t. Vgl. Thöl Handelsr. I §. 116. II.

[14] In Ausführung des Auftrages: der Auftrag war auf eine Aufopferung direct gerichtet, z. B. er ging auf Ankauf einer Sache um das Geld des Beauftragten oder auf Uebernahme einer Bürgschaft; l. 3 §. 1 l. 10 §. 11 l. 45 D. h. t., auch l. 16 eod. Vgl. Seuff. Arch. XIV. 231. Eine interessante Complication dieses Falles bei Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck II. 56. Bei Ausführung des Auftrages: es ist etwas zum Zweck der Ausführung des Auftrages aufgewendet worden, l. 10 §. 9 D. l. 20 §. 1 C. h. t.

[15] L. 3 §. 2 l. 4 l. 22 pr. l. 33 D. h. t., §. 8 I. h. t.

[16] L. 27 §. 4 D. h. t. („impendia bona fide facta"), l. 56 §. 4 eod. („sumtus bona fide necessario factos"), l. 4 C. h. t. („sumtus quos probabili ratione feceras").

[17] S. §. 298 Note 16.

ein Vorwurf trifft[18]. — Ferner ist der Auftraggeber verpflichtet, dem Beauftragten das bedungene oder stillschweigend verstandene Honorar zu zahlen[19].

3. Beendigung.

§. 411.

Der Auftrag erreicht sein natürliches Ende durch seine Ausführung, durch Ablauf der Zeit, für welche, oder Eintritt der auflösenden Bedingung, unter welcher er gegeben worden ist, durch Vereinbarung der Parteien; außerdem aber hört er auch auf durch Tod und einseitigen Rücktritt einer Partei.

1. Rücktritt. Weder der Auftraggeber noch der Beauftragte sind an den Auftrag länger gebunden, als sie daran gebunden sein wollen; jener kann den Auftrag zurücknehmen, dieser ihn zurückgeben[1]. Doch fährt der Auftraggeber trotz der Zurücknahme fort, aus denjenigen Handlungen des Beauftragten zu haften, welche derselbe vor erlangter Kunde von der Zurücknahme vorgenommen hat[2]; und der Beauftragte darf den Auftrag nicht zu einer Zeit zurückgeben, wo der Auftraggeber nicht mehr die Möglichkeit hat, in anderer Weise für das aufgetragene Geschäft zu sorgen: er müßte denn für die Zurückgabe einen rechtfertigenden Grund haben[3].

2. Tod. Der Auftrag geht nicht auf die Erben über, weder auf die Erben des Auftraggebers, noch auf die des Beauftragten[4].

---

[18] L. 26 §. 6. 7 D. h. t., l. 61 §. 5 D. de furt. 47. 2. Ueber die letztere Stelle vgl. Hasse Culpa S. 403, Mommsen Beiträge I S. 369 Note 16, Dernburg Pfandrecht I S. 163.

[19] Vgl. §. 404 Note 7. Das römische Recht gewährte auf das Honorar nur extraordinaria cognitio (l. 7 D. l. 1 C. h. t.), was heutzutage keine Bedeutung mehr hat.

§. 411. [1] L. 12 §. 16 l. 22 §. 11 D. h. t., §. 9. 11 I. h. t. Gesterding Irrthümer rc. S. 208 fg. Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 1. Stillschweigender Widerruf: Seuff. Arch. X. 158. Vgl. auch Seuff. Arch. III. 49.

[2] L. 15 D. h. t., §. 9 I. h. t.

[3] L. 22 §. 11 l. 23—25 l. 27 §. 2 D. h. t.

[4] L. 27 §. 3 l. 57 D. h. t., l. 15 C. h. t., §. 10 I. h. t. Gesterding Irrthümer rc. S. 208 fg. Wenn es in den genannten Stellen heißt, daß der Auftrag nur „re integra“, „integro mandato“ aufhöre, so soll damit nichts

Doch kann das Gegentheil ausgemacht werden[5], und auch abgesehen hiervon ist der Erbe des Beauftragten verpflichtet, sich der von seinem Erblasser begonnenen Geschäfte anzunehmen[6], der Erbe des Auftraggebers, dem Beauftragten die Aufopferungen zu ersetzen, welche derselbe in unverschuldeter Unwissenheit von dem Tode des Auftraggebers gemacht hat[7].

In welcher Weise auch der Auftrag fortgefallen sein mag, so wirkt er fort für Erwerb und Verlust, welcher durch früher vorgenommene Auftragshandlungen nach Wegfall des Auftrags herbeigeführt wird[8].

4. Besondere Anwendungen.

§. 412.

1. Auftrag, von einem Dritten eine Vermögensleistung zu

Anderes gesagt sein, als daß die aus dem Auftrage bereits entstandenen Verbindlichkeiten nicht aufhören. Vgl. übrigens Sintenis Anm. 71. — Anders das HGB. Art. 297. „Ein Antrag, ein Auftrag oder eine Vollmacht, welche von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen sind, werden durch seinen Tod nicht aufgehoben, sofern nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht".

[5] L. 12 §. 17 l. 13 D. h. t. Diese Stelle spricht aber nur von einem nach dem Tode des Auftraggebers zu vollziehenden Auftrag: sind wir berechtigt, auf Grund derselben anzunehmen, daß der Auftrag mit verbindlicher Kraft auch auf die Erben des Beauftragten gestellt werden könne? Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob in der genannten Stelle eine Interpolation auf Grund von l. un. C. ut act. et ab her. 4. 11 anzunehmen ist, oder nicht. Dieß ist nicht unzweifelhaft; doch scheint mir die Annahme einer Interpolation mehr für sich zu haben, wegen Gai. III. 158 und l. 108 D. de solut. 46. 3 (die von Cujacius vorgeschlagene Emendation [Vangerow §. 662 a. E.] ist immer nur Emendation, und bringt doch keine rechte Concinnität in die Stelle). Es muß freilich dahin gestellt bleiben, wie weit die Interpolation reicht. L. 27 §. 1 D. h. t. spricht nicht von einem Mandat, sondern von einer Eigenthumsübertragung unter einer Auflage. Vgl. Zimmern Arch. f. civ. Pr. IV. 19, Mühlenbruch Fortsetzung von Glück XLIII S. 396—399, Dietzel Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII. 13; auch Holzschuher III §. 273 Nr. 10.

[6] Arg. l. 1 pr. D. de fidei. tut. 27. 7, l. 40 D. pro soc. 17. 2.

[7] L. 26 pr. §. 1 l. 58 pr. D. h. t., §. 10 I. h. t., l. 19 §. 1 D. de don. 39. 5.

[8] L. 14 pr. D. h. t., Gai. III. 117.

erheben[1]. Auftrag, an einen Dritten eine Vermögensleistung zu machen[2]. Der eine Auftrag kann ohne den anderen vorhanden sein; es kann aber auch zugleich der Eine beauftragt werden, von einem Andern eine Vermögensleistung zu erheben, und dieser Andere, an Jenen die Vermögensleistung zu machen[3]. Ein besonderer Fall ist der, wo der Auftrag, die Vermögensleistung zu machen, demjenigen, welchem sie gemacht werden soll, zur Ueberbringung eingehändigt wird; hierher gehört der Fall der modernen Anweisung[4]. — Im Besonderen kommen hier folgende Punkte zur Beachtung.

a. Der Auftrag zur Erhebung einer Vermögensleistung kann auch zu dem Ende gegeben werden, um auf indirectem Wege dem

---

§. 412. [1] So namentlich von dem Schuldner des Auftraggebers (z. B. l. 12 §. 16 l. 17 D. l. 11 C. h. t., l. 4 C. de novat. 8. 42); aber auch von demjenigen, welcher dem Auftraggeber schenken (l. 12 D. si quid in fr. patr. 38. 5), oder ihm ein Darlehn geben, oder ihm aus irgend einem andern Grunde leisten will. Vgl. Note 9. — Die von dem Dritten zu erhebende Vermögensleistung kann den verschiedensten Inhalt haben. Die wichtigsten Fälle sind die, wo sie zum Inhalt Eigenthumsverschaffung oder Versprechen hat, und hier wieder der wichtigste, wo ihr Gegenstand baares Geld ist. Von dem Auftrage, sich versprechen zu lassen, handeln z. B. l. 10 §. 6 l. 59 pr. D. h. t. Vgl. Thöl Handelsr. I §. 119 („das Eincassirungsmandat"), §. 132 (Auftrag sich versprechen zu lassen).

[2] So namentlich an den Gläubiger des Auftraggebers (z. B. l. 12 §. 5 l. 45 §. 4 D. h. t.); aber auch an denjenigen, welchem der Auftraggeber schenken (z. B. l. 19 §. 3 i. f. D. de don. 39. 5), oder dem er ein Darlehn geben (z. B. l. 9 §. 8 D. de R. C. 12. 1), oder dem er aus irgend einem andern Grunde leisten will. Vgl. Note 9. — Was über den möglichen Inhalt der Vermögensleistung in der vorigen Note gesagt worden ist, gilt auch hier. Auftrag, einen Andern zu liberiren: l. 36. 38 D. de I. D. 23. 3. — Thöl Handelsr. I §. 114—118 („das Zahlungsmandat"). §. 128—132 („die Delegation").

[3] Der Auftrag, Leistung zu erheben, hat nur dann Sinn, wenn der Auftraggeber Grund zu der Annahme hat, daß der Dritte auf seinen Anstoß die Leistung machen wird. Ebenso hat der Auftrag, einem Dritten zu leisten, nur dann Sinn, wenn der Auftraggeber Grund zu der Annahme hat, daß der Dritte die Leistung nicht zurückweisen wird. Grund zu der einen und zu der andern Annahme hat er namentlich dann, wenn er dem Dritten einen Auftrag zur Leistung bez. zum Empfang ertheilt und dieser ihn angenommen hat.

[4] S. unten lit. b.

Beauftragten zu verschaffen, was der Auftraggeber seinerseits demselben zu leisten gewillt ist[5]. Ebenso kann der Auftrag zur Bewirkung einer Vermögensleistung in dem Sinne gegeben werden, daß durch Ausführung desselben dem Auftraggeber auf indirectem Wege verschafft werden soll, was der Beauftragte seinerseits demselben zu leisten gewillt ist[6]. Im ersten Falle fällt von den Wirkungen des Auftrags weg die Verpflichtung des Beauftragten zur Herausgabe des in Folge des Auftrages Erlangten, im zweiten Fall die Verpflichtung des Auftraggebers zum Ersatz des in Folge des Auftrags Aufgeopferten. Ueberhaupt tritt in diesen Fällen der Auftrag als solcher in den Hintergrund[7], und in den Vordergrund die durch Vollziehung desselben bewirkte Vermögensleistung des Auftraggebers an den Beauftragten, bez. des Beauftragten an den Auftraggeber; der Auftrag ist Mittel zur Verwirklichung einer indirecten Vermögensleistung[8]. — Es kann übrigens eine indirecte Vermögensleistung beschafft werden auch ohne allen dem Empfänger oder von dem Empfänger ertheilten Auftrag, durch bloße

---

[5] Laß dir zahlen, statt von mir, von Jenem. Laß dir die 100, welche ich dir schuldig bin, von Jenem zahlen. Laß dir versprechen, statt von mir, von jenem. Laß dir, statt von mir dir zahlen zu lassen, von Jenem versprechen.

[6] Zahle, statt an mich, an Jenen. Zahle die 100, welche du mir schuldig bist, an Jenen. Statt an mich zu zahlen, versprich an Jenen.

[7] Die actio mandati directa in ihrer Richtung auf sorgfältige Ausführung des ertheilten Auftrages ist zwar in keinem von beiden Fällen ausgeschlossen (vgl. Seuff. Arch. XIII. 220), aber meistens durch die Ausführung selbst erledigt.

[8] Der Beauftragte nimmt die ihm von dem Dritten gemachte Leistung als Leistung des Auftraggebers an. Der Auftraggeber nimmt die von dem Beauftragten an den Dritten gemachte Leistung als eine ihm gemachte an. Dieses Annehmen liegt nicht in dem Auftrage als solchem, sondern ist ein den Auftrag Begleitendes. Mehr auseinandergelegt ist das Verhältniß dieses. Im ersten Fall sagt der Auftraggeber: (1) du sollst von dem Dritten eine Leistung erheben (Auftrag), und (2) diese Leistung des Dritten soll als eine von mir dir gemachte gelten. Durch die Ausführung des Auftrages, wie er gegeben worden ist, unterwirft sich der Beauftragte auch dieser zweiten Willenserklärung. In dem zweiten Falle sagt der Auftraggeber: (1) du sollst an den Dritten leisten (Auftrag), und (2) diese Leistung an den Dritten soll als eine mir gemachte gelten. Die Initiative in der den Auftrag begleitenden Willenserklärung geht hier von demjenigen aus, gegen welchen sie wirken soll.

Anweisung[8a] oder Gestattung[8b]. Ja es bedarf zur Verwirklichung einer indirecten Vermögensleistung einer Verhandlung zwischen dem Empfänger und demjenigen, von welchem sie ausgeht, überhaupt nicht; sie kann auch dadurch beschafft werden, daß dem Dritten, durch dessen

[8a] Die Anweisung unterscheidet sich von dem Auftrag dadurch, daß sie auf Begründung einer Verpflichtung zur Ausführung nicht gerichtet ist; es wird als selbstverständlich vorausgesetzt, daß ihr Folge geleistet werden wird. Die Römer gebrauchen für dasjenige, was wir heutzutage Anweisung nennen, die Ausdrücke iussus und delegatio, den letzteren nur für die Anweisung auf Bewirkung einer Vermögensleistung, den ersteren auch für die Anweisung auf Erhebung einer solchen. Vgl. §. 353 Note 9 und unten Note 9. Die Anweisung als solche enthält aber ebensowenig, wie der Auftrag, die Erklärung, daß der Angewiesene das Erhobene für sich behalten, daß das Geleistete als dem Anweisenden geleistet angesehen werden solle. Die Meinung der Parteien kann auch die sein, daß das Erhobene dem Anweisenden herausgegeben, daß das Geleistete von ihm solle erstattet werden. In diesem Falle ist die Anweisung doch wieder Auftrag; sie begründet zwar nicht die actio mandati directa auf Ausführung, aber die actio mandati directa auf Herausgabe, bez. die actio mandati contraria auf Erstattung. Allerdings hat der Ausdruck iussus, wenn der iussus auf Bewirkung einer Leistung geht, in unseren Quellen eine vorzugsweise Beziehung auf den Fall, wo das Geleistete nicht von dem iubens erstattet, sondern ihm als ihm geleistet angerechnet werden soll (iubetur aliquis alii solvere, promittere, quod mihi solvere, promittere paratus est), und auch von iussus in der Richtung auf Erhebung einer Leistung ist in den Quellen vielfach in dem Sinne die Rede, daß das Empfangene nicht dem iubens herausgegeben, sondern als von ihm geleistet solle behalten werden (vgl. z. B. Gai. II. 38, l. 34 pr. D. mand. 17. 1). Aber nothwendig ist die eine und die andere Beziehung beim iussus nicht, s. z. B. l. 36. 38 D. de I. D. 23. 3, l. 34 pr. D. de nov. 46. 2. Ja es muß behauptet werden, daß der iussus als solcher die actio mandati directa auf Herausgabe und die actio mandati contraria auf Ersatz nicht ausschließt, sondern begründet; liegt dem Richter nichts weiter vor, als daß auf Anstoß eines Andern eine Leistung erhoben bez. gemacht worden sei, so hat er kein Recht zu der Annahme, daß die Absicht der Parteien auf Behalten der dadurch der einen oder der andern Partei zugeführten Vermögensvermehrung gerichtet gewesen sei, s. namentlich auch l. 38 D. de I. D. cit. In dieser Beziehung ist anderer Meinung von Salpius Novation und Delegation §. 9. 10. 11. 58, dessen Verdienste um die Hervorhebung des Gegensatzes zwischen mandatum und iussus sonst anzuerkennen sind. Gegen v. Salpius auch H. Witte krit. VJSchr. VIII S. 350 fg. — Die Anweisung verliert ihre Wirksamkeit durch Rücknahme und Tod des Anweisenden, wie der Auftrag. L. 32 l. 38 §. 1 l. 108 D. de sol. 46. 3, vgl. l. 1 §. 2 D. quod iussu 15. 4.

[8b] L. 39 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. „Vir uxori cum pecuniam

Person oder in dessen Person sie gemacht werden soll, zur Bewirkung bez. Erhebung derselben ein Auftrag[8c] oder eine Anweisung oder eine Gestattung[8d] ertheilt wird. In welcher Weise auch eine indirecte Vermögensleistung gemacht wird[8e], kann ihr Bestimmungsgrund so verschieden sein, wie der einer Vermögensleistung überhaupt, und davon hangen die an sie angeknüpften rechtlichen Wirkungen ab[9]. Es kann auch der Bestimmungsgrund einer sol-

donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo pecuniam stipuletur . .". L. 106 D. de sol. 46. 3. „Aliud est iure stipulationis Titio solvi posse, aliud postea permissu meo id contingere". Wenn in anderen Stellen (z. B. l. 11 §. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 14 pr. D. de fundo dot. 23. 5, l. 33 §. 3 D. de don. 39. 5, l. 15 §. 1 D. de statulib. 40. 7) statt von permissus von voluntas die Rede ist, so kann diese voluntas doch auch von einer Anweisung verstanden werden. Man denke aber auch an den Fall hinterheriger Genehmigung, s. z. B. l. 12 §. 4 D. de sol. 46. 3, l. 12 C. eod. 8. 43.

[8c] Vgl. z. B. l. 56 D. de sol. 46. 3. „Qui mandat solvi, ipse videtur solvere". S. noch z. B. l. 12 §. 5 D. si quid in fr. patr. 38. 5, l. 19 §. 3 i. f. D. de don. 39. 5 u. a. m.

[8d] Vgl. z. B. l. 64 D. de sol. 46. 3, l. 49 D. eod. (Note 9).

[8e] Wegen der vielfachen Weisen, in welchen eine indirecte Leistung gemacht werden kann, ist es nicht leicht, der Lehre von derselben ihre richtige Stellung im Systeme anzuweisen. Ihr eigentlicher Platz wäre irgendwo im allgemeinen Theil; aber ich glaube nicht, daß den Interessen des Lehrvortrags mit einer solchen Stellung derselben gedient wäre. Ich ziehe es daher vor, in Betracht, daß doch in vielen Fällen der indirecten Leistung ein Auftrag vorkommen wird (wenigstens einer, — wenn nicht ein doppelter, doch ein einfacher), sie im Allgemeinen beim Auftrag, im Besonderen aber bei den einzelnen möglichen Bestimmungsgründen der Vermögenszuwendung abzuhandeln (vgl. z. B. §. 342 Nr. 6, §. 365 a. E., §. 370 Note 10. 12). v. Salpius Novation und Delegation S. 61 fg. S. 472 ist der Ansicht, daß die einzige Stelle im System, in welcher diese Lehre im richtigen Lichte dargestellt werden könne, „die Lehre von den Realverträgen in ihrer allgemeinsten Gestalt und die sich daran anschließende Theorie der Condictionen" sei. Der Ausdruck „Realvertrag in seiner allgemeinsten Gestalt" soll hier wohl nichts sein, als eine andere Bezeichnung für Vermögenszuwendung; und zeigt sich denn der Begriff der Vermögenszuwendung nur in der Lehre von den Condictionen wirksam?

[9] Ein sehr häufiger und sehr wichtiger Bestimmungsgrund ist Tilgung einer Schuld: l. 56 D. de sol. 46. 3 (Note 8c). L. 180 D. de R. I. 50. 17. „Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset". Von diesem Fall ist in den Quellen unendlich oft die Rede; vgl. z. B. noch l. 12 §. 2 D. de sol. 46. 3, l. 12 C. eod. 8. 43, l. 64 D. de sol. 46. 3, l. 33 D. de nov. 46. 2, l. 37 §. 4 D. de op. lib. 38. 1. Geht in diesem Fall

chen indirecten Vermögensleistung eine Ungültigkeit oder Rückforderbarkeit derselben begründen; diese Ungültigkeit oder Rückforderbarkeit wirkt der Regel nach bloß zwischen den Subjecten der Leistung[10], wogegen sie auf das Verhältniß zwischen

der Auftrag auf Versprechen, so kann die Tilgung der Schuld möglicherweise auch durch Novation erfolgen (vgl. §. 342 Note 15. 38[a], §. 353 Note 11). — Andere mögliche Bestimmungsgründe sind: Schenkung, z. B. l. 59 pr. D. mand. 17. 1; l. 77 §. 6 D. de leg. II° 31, l. 19 §. 3 D. de don. 39. 5, l. 21 §. 1 eod., l. 34 §. 7 D. de sol. 46. 3; l. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 15 §. 2 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 pr. de don. 39. 5, l. 33 D. de nov. 46. 2; l. 2 §. 2 l. 33 §. 3 D. de don. 39. 5. Bestellung einer Dos, z. B. l. 45 §. 1 l. 56 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 4 §. 21 D. de doli exc. 44. 4; l. 19 l. 59 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 14 pr. D. de fundo dotali 22. 5. Verschaffung eines Darlehns, z. B. l. 15. 32 l. 9 §. 8 D. de R. C. 12. 1; l. 19 §. 3 D. de inst. act. 14. 3, l. 19 §. 5 D. ad SC. Vell. 16 1; l. 59 pr. D. mand. 17. 2; l. 9 §. 8 D. de R. C. 12. 1. Verpflichtung zu einer Gegenleistung, l. 27 §. 2 D. ad SC. Vell. 16. 1. Vgl. noch l. 49 D. de sol. 46. 3. „Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. Sed et si iussu eius alii solvitur, *vel creditori vel futuro debitori vel etiam ei cui donaturus erat*, absolvi debet". Ebenso l. 65 §. 4 D. ad SC. Treb. 36. 1.

[10] Ohne Einfluß: l. 12. 13. 19 D. de nov. 46. 2, l. 4 §. 20 D. de doli exc. 44. 4, l. 1 §. 10 D. quar. rer. actio 44. 5, l. 9 §. 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 78 §. 5 D. de I. D. 23. 3, l. 4 §. 21 D. de doli exc. 44. 4; l. 1 §. 11 D. quar. rer. actio 44. 5. Alle diese Stellen handeln von dem Falle, wo durch Versprechen eine nicht existirende Schuld, des zum Versprechen Angewiesenen an den Anweisenden oder des Anweisenden an den zur Empfangnahme des Versprechens Angewiesenen, getilgt werden soll. Da nun in diesem Falle der Begründung der neuen Obligation auch eine Novationsabsicht zu Grunde liegen kann, so sind die genannten Stellen schon oben (§. 355 Note 8. 12) bei der Erörterung der Frage, ob der Novationsvertrag zu seiner Gültigkeit eine existirende Obligation voraussetze, in Betracht gezogen worden. S. aber ferner: l. 59 i. f. D. de solut. 46. 3 (der Angewiesene zahlt einem Dritten, was er dem Anweisenden schuldig zu sein glaubt); l. 66 eod. (1) der gleiche Fall, 2) der Angewiesene zahlt dem Dritten, um sich von einer wirklich existirenden Schuld gegen den Auftraggeber zu befreien, erreicht aber diese Absicht nicht); l. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4 (der Angewiesene leistet zum Zweck der Vollziehung einer übermäßigen Schenkung an den Anweisenden); l. 21 §. 1 D. de don. 39. 5 (übermäßige Schenkung des Anweisenden an den Dritten, welchem geleistet werden soll); l. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 (der Anweisende will dem Dritten, welchem geleistet werden soll, durch die Leistung des Angewiesenen eine Dos verschaffen, und die Ehe kommt nicht zu Stande; anders wenn auch der Angewiesene dem Dritten gegenüber erklärt, daß er dotis nomine leiste, l. 7 pr. eod.).

dem Leistenden und der Empfangsperson bez. zwischen dem Empfänger und der Leistungsperson nur in Ausnahmefällen von Einfluß ist[11].

b. Von der heutigen Anweisung insbesondere[12]. Was man heutzutage Anweisung nennt, ist Anweisung zum Leisten, nicht Anweisung zum Empfangen, und Anweisung zum Zahlen, nicht Anweisung zum Versprechen[13]. 1) Der Angewiesene hat, wenn er gezahlt hat, einen Ersatzanspruch gegen den Anweisenden nach den Grundsätzen des Auftrages. Behauptet der Anweisende, der Angewiesene habe die Anweisung zu dem Ende übernommen, um in der Person des Dritten ihm selbst eine Leistung zu machen, so muß er dieß beweisen[14]. 2) Die Rechte des Angewiesenen gegen den Anweisenden entstehen erst aus der Zahlung an den Dritten, nicht schon aus einem demselben geleisteten Versprechen[15]. Sobald aber der Angewiesene dem Dritten versprochen hat, kann der Anweisende die Anweisung nicht mehr zurücknehmen[16].

---

[11] a) L. 2 §. 3. 4 D. de don. 39. 5, l. 7 pr. §. 1 D. de doli exc. 44. 4, s. §. 355 Note 9. 13; b) bei der Schenkung unter Ehegatten, l. 3 §. 12. 13 l. 4 l. 5 §. 3. 4 l. 39. 56 D. de don. i. v. e. u. 24. 1; vgl. §. 367 Note 8, auch I §. 172 Note 16.

[12] Thöl Handelsr. I §. 121—127a. Vgl. auch Holzschuher III §. 277 und Kuntze das. S. 667. 668.

[13] Die Anweisung kann mündlich oder schriftlich gegeben werden; das Letztere ist, namentlich unter Kaufleuten, der regelmäßige Fall. In ihrer gewöhnlichen Form ist sie eine dem Zahlungsempfänger zur Ueberbringung eingehändigte Urkunde, und unterscheidet sich in dieser Form von dem gezogenen Wechsel nur durch das Fehlen des Wortes Wechsel. — Statt Anweisung sagt man sehr gewöhnlich Assignation; der Angewiesene: der Assignat; derjenige, an den Zahlung geleistet werden soll: der Assignatar.

[14] S. Note 8[a], und vgl. noch zu den daselbst citirten Stellen aus der Schrift von v. Salpius §. 74. Vgl. Seuff. Arch. I. 56, XIV. 105; anders VII. 352, XX. 224.

[15] Die Rechte des Angewiesenen: sowohl die actio mandati contraria, als daß die dem Dritten gemachte Leistung als eine dem Auftraggeber gemachte gilt. Vgl. l. 10. 21. 25 D. de nov. 46. 2, l. 8 C. eod. 8. 42, l. 10 D. mand. 17. 1, l. 19 §. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1. Doch wird die actio mandati contraria schon durch die Verurtheilung zur Zahlung begründet (§. 410 Note 13).

[16] Indem er der Zahlung ein Versprechen vorhergehen läßt, und dadurch die Nothwendigkeit einer Zahlung für sich begründet, thut er etwas, was er im Sinne des ihm ertheilten Auftrages thun darf. Cropp in Heise u. Cropp

3) Ebenso ist die Leistung, welche der Anweisende dem Dritten durch die Anweisung verschaffen will, beschafft erst mit der Zahlung des Angewiesenen, nicht schon mit seinem Versprechen an den Dritten[17]. 4) Der Dritte ist zur Realisirung der Anweisung nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt[17a].

2. Der Auftrag als Garantievertrag. Garantievertrag: Vertrag, wodurch Jemandem gegenüber die Garantie dafür übernommen wird, daß ihm aus einer von ihm vorzunehmenden Handlung kein Schaden erwachsen werde. Für uns ist kein Bedürfniß

Abhandlungen II S. 354—357. 392—395, Thöl a. a. O. §. 123, Unger Inhaberpapiere S. 73 fg. — Der Angewiesene verspricht dem Inhaber der Anweisung dadurch, daß er die Anweisung „annimmt", „acceptirt". Ist dieses Versprechen ein reines Versprechen (s. g. Formalvertrag)? Die Frage wird verneint von v. Salpius Novation und Delegation §. 75, bejaht mit Anderen von Thöl §. 125, welcher deßwegen die gemeinrechtliche Gültigkeit dieses Versprechens bestreitet (vgl. §. 318 Note 3. 4). Ausdrücklich ist seine Gültigkeit anerkannt im HGB. Art. 300. 301. Vgl. noch Seuff. Arch. XVIII. 135.

[17] Der selbstverständliche Grundsatz „Anweisung ist keine Zahlung" (Thöl §. 124) gilt auch für den Fall des Acceptes der Anweisung. — v. Salpius Novation und Delegation §. 76 hält dieß für modernes Gewohnheitsrecht, indem er behauptet (§. 18—20), daß nach römischem Recht das durch Delegation einem Andern verschaffte Forderungsrecht (und ebenso die durch Delegation für ihn eingegangene Verbindlichkeit) ihm „vermöge objectiver Rechtsnothwendigkeit" als baares Geld angerechnet worden sei. Das heißt also: nach römischem Recht galt die in Folge der Delegation begründete Obligation nach der einen und der anderen Seite als baares Geld nur dann nicht, wenn dieß ausdrücklich ausgemacht worden war. Diesen exorbitanten Satz stützt v. Salpius auf Stellen wie l. 187 D. de V. S. 50. 16, l. 18 D. de fidei. 46. 1, l. 26 §. 2 D. h. t. u. a., in welchen nichts die Annahme verbietet, daß sie eine Beredung der Parteien des Inhalts, es solle die Obligation gleich Geld sein, oder eine Novationsberedung voraussetzen (vgl. l. 26 §. 2 cit.: „qui admittit debitorem delegatum", l. 68 §. 1 D. de evict. 21. 2: „qui pro pecunia nomen debitoris per delegationem sequi maluit", l. 96 §. 2 D. de solut. 46. 3: „transegit, ut nomine debitoris contenta legatum non peteret"), — während er andere, welche direct gegen ihn sprechen, wie l. 18 §. 1 l. 31 §. 3 D. de m. c. don. 39. 6 und die auf S. 117 genannten, mit der Bemerkung beseitigt, daß in ihnen „der Hauptgrundsatz sich modificirt" (S. 113). Gegen v. Salpius auch H. Witte krit. VJSchr. VIII S. 362 fg. Uebrigens findet sich die gleiche Auffassung schon bei Hasse Culpa S. 436 und v. Meyerfeld Rhein. Mus. VII S. 123 fg. Vgl. §. 500 Note 9.

[17a] In der Anweisung als solcher liegt kein Eincassirungsmandat; obgleich ein Eincassirungsmandat mit derselben verbunden sein kann. Vgl. Ladenburg Zeitschr. f. Handelsr. XI S. 79.

vorhanden, einen solchen Vertrag unter eine andere Kategorie zu stellen, als unter seine eigene; die Römer stellten ihn unter die Kategorie des Mandats, weil er sonst ohne Stipulationsform nicht gültig gewesen wäre[18]. Die Hauptanwendung des Garantievertrages ist die, wo durch denselben die Gefahr eines von einem Andern zu ertheilenden Credites übernommen wird (Creditauftrag)[19]; in dieser Anwendung ist der Garantievertrag eine Form der Bürgschaft[20]. — Die Uebernahme einer Garantie liegt natürlich nicht schon in der Ertheilung eines Rathes[21].

3. Die wichtigen Anwendungen, welche der Auftrag in dem

[18] Mit anderen Worten: weil er sonst unter Abwesenden nicht hätte geschlossen werden können. L. 32 D. h. t.: — „neque enim multum referre, praesens quis interrogatus fideiubeat, an absens mandet". Das Mandat in dieser Anwendung verträgt ein eigenes Interesse des Mandanten an der Ausführung, aber setzt dasselbe nicht voraus. L. 6 §. 5 D. h. t. Von einem Mandat dieser Art ist auch zu verstehen l. 12 §. 14 D. h. t., wo es heißt, daß das Mandat nach ausgeführtem Geschäfte nichtig sei.

[19] L. 6 §. 4 l. 10 §. 8 l. 12 §. 13. 14 l. 56 pr. l. 59 §. 5 D. l. 7 C. h. t. Vgl. Thöl Handelsr. §. 108. 109. Eine andere Anwendung gibt l. 32 D. h. t. „Si hereditatem aliter aditurus non essem, quam cautum mihi fuisset, damnum praestari, et *in* hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem . . .".

[20] Vgl. l. 32 D. h. t. (Note 18). Auch l. 60 §. 1 l. 62 §. 1 D. h. t. Die Neueren nennen das mandatum in dieser Anwendung mandatum qualificatum, und beschränken (unrömisch, vgl. z. B. l. 22 §. 11 l. 46. 49 D. h. t.) den Ausdruck mandator zur Bezeichnung des Auftraggebers auf diesen Fall.

[21] Dieser Satz wird in §. 6 I. h. t., l. 2 §. 6 l. 6 §. 5 D. h. t. so ausgedrückt: ein „mandatum", welches lediglich im Interesse des Mandatars gegeben sei, z. B. er möge sein Geld lieber in Grundstücken anlegen, als in Darlehen, sei in der Wirklichkeit kein Mandat, sondern nur ein Rath, und deßwegen für den Ertheiler unverbindlich (§. 6 I. cit., l. 2 §. 6 D. cit.). Verbindlich sei es nur dann, wenn der Empfänger ohne das Mandat nicht gehandelt haben würde. Das Letztere ist ungenau ausgedrückt. Der Jurist wollte sagen: verbindlich sei es nur dann, wenn der Empfänger ohne die in dem mandatum von dem Ertheiler übernommene Garantie nicht gehandelt haben würde. S. über die verschiedenen Ansichten, welche in Betreff dieser Stellen hervorgetreten sind, Vangerow III §. 659 Anm., Sintenis II §. 113 Note 16, und die von diesen Schriftstellern Citirten, ferner Holzschuher III §. 275 Nr. 1. 2, und aus der neuesten Zeit den Aufsatz von Tewes Arch. f. civ. Pr. LI. 2 (1868). — Vgl. Seuff. Arch. XII. 26.

Commissions- und Speditionsgeschäfte findet, gehören dem Handelsrechte an[22].

G. Verträge zum Zwecke rechtlicher Feststellung.

1. Die Anerkennung*.

§. 412a.

Anerkennen (bekennen) heißt: erklären, daß Etwas wahr sei, was dem Erklärenden nachtheilig ist; anerkennen im rechtlichen Sinn heißt: erklären, daß Etwas wahr sei, worauf gegen den Erklärenden ein Anspruch oder eine Einrede gegründet werden kann. Anerkannt werden kann sowohl eine Thatsache, als ein Rechtsverhältniß, und sowohl der Bestand als der Nichtbestand einer Thatsache oder eines Rechtsverhältnisses. Die Anerkennung hat jedenfalls die Kraft eines Zeugnisses gegen sich selbst, und ist als solches Beweismittel; dieß ist nicht die hier gemeinte Art der Anerkennung. Die Anerkennung, von welcher hier die Rede ist, ist die in verpflichtender Absicht abgegebene und als solche von dem Gegner angenommene Anerkennung, die Anerkennung als Anerkennungsvertrag[1]. Die Verpflichtung, welche durch diesen

---

[22] HGB. Art. 360—378. 379—389.

§. 412a. * Die Lehre von der Anerkennung ist noch keine fertige; aber sie ist gegenwärtig so weit gediehen, daß der Verfasser eines Lehrbuchs sich, wie ich glaube, nicht mehr der Verpflichtung entziehen kann, sie als solche zur Darstellung zu bringen. — Aus der Literatur ist vor Allem zu nennen die Schrift von O. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 1855. 2. Aufl. (deren Seitenzahlen hier in Klammern angegeben sind) 1867. Recensionen dieses Werkes von: Dernburg Heid. krit. Jahrb. III S. 496 fg. (1856), Arndts krit. Ueberschau IV S. 1. 219 fg. (1857). Erwiederung Bähr's: Jahrb. f. Dogm. II. 6. 8 (1858). Ferner ist hervorzuheben der Aufsatz von Unger Jahrb. f. Dogm. VIII. 7 (1866). S. außerdem: Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten, 1. Abth. namentlich §. 11 (1858). Windscheid krit. VJSchr. I S. 106 fg. (1859). Bruns Zeitschr. f. RGesch. I S. 94—97. 118—130 (1861). Wetzell System des Civilproc. §. 22 (2. Aufl. 1864). v. Salpius Novation und Delegation §. 49. 79 (1864). Bekker krit. VJSchr. IX S. 278 fg. (1867). Sintenis II §. 96 Anm. 25b und S. 273—276.

[1] Daß in der Anerkennung ein Vertrag liegen könne, hat im Vorbeigehen schon Savigny (System VII S. 11) bemerkt; näher nachgewiesen und entwickelt ist es in der citirten, höchst verdienstvollen Schrift von Bähr. Bis

Vertrag übernommen wird, hat zum Inhalt, das als bestehend Anerkannte nicht bestreiten[2], das als nicht bestehend Anerkannte

---

dahin sah die herrschende Meinung in der Anerkennung unter allen Umständen nur ein Zeugniß gegen sich selbst (außergerichtliches Geständniß). Man zweifelte an der Richtigkeit dieser Auffassung um so weniger, als man sich dafür auf directe Quellenzeugnisse berufen konnte. S. l. 26 §. 2 D. dep. 16. 3, l. 5. 6 C. si cert. 4. 2, l. 4 C. de compens. 4. 31. Aber diese Stellen erklären sich vollkommen daraus, daß der Anerkennungsvertrag bei den Römern weder von der Form entbunden war, noch in Stipulationsform abgeschlossen werden konnte; so mußte für die Römer freilich die Anerkennung, so weit die durch sie übernommene Verpflichtung nicht auf dem Wege der Einrede geltend gemacht werden konnte (l. 40 pr. D. de pact. 2. 14, l. 6. 21 C. de solut. 8. 43), oder so weit nicht durch Hineininterpretirung eines constitutum zu helfen war (l. 24. 26 D. de pec. const. 13. 5, l. 61 pr. D. de O. et A. 44. 7), auf das Niveau eines Beweismittels herabsinken. — In der Anerkennung kann ein Vertrag liegen; aber ein Vertrag liegt in derselben nicht nothwendig. Ein Vertrag liegt in derselben gewiß dann nicht, wenn sie einem Dritten gegenüber abgegeben wird; aber möglicherweise auch dann nicht, wenn sie demjenigen gegenüber abgegeben wird, dem das Anerkannte zu Gute kommt. „Wer auf die Frage, ob er leugnen könne, etwas schuldig zu sein, einfach mit „„nein"" antwortet, erkennt seine Schuld an, aber ein besonderes Versprechen liegt darin nicht". Bruns S. 95. Ein anderes Beispiel bei Bähr S. 272 (284): ein Angeklagter, zu dessen Verdächtigung es dient, daß er sich zu einer gewissen Zeit Geldmittel verschafft habe, gesteht nach anfänglichem Leugnen in der Confrontation mit einem Zeugen zu, von diesem ein Darlehn empfangen zu haben. Damit also in der Anerkennung ein Vertrag gefunden werden könne, ist es erforderlich, daß sie dem Gegner zu dem Zwecke hingegeben worden sei, um sie gegen den Anerkennenden gebrauchen zu können. Aber selbst wo dieß der Fall ist, bleibt es immer noch möglich, daß durch die Anerkennung nicht eine Verpflichtung hat übernommen, sondern nur dem Gegner ein Selbstzeugniß als Beweismittel hat hingegeben werden sollen. S. darüber die folgende Note.

[2] So Savigny, Bähr, Unger, v. Salpius; s. auch E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. §. 284 Note 10. Anders Bruns, und im Wesentlichen auch Schlesinger. Diese letzteren Schriftsteller sehen in dem Anerkennungsvertrag nur die Uebernahme der Verpflichtung, das Anerkannte als bewiesen annehmen, für dasselbe keinen weiteren Beweis verlangen zu wollen (s. g. Beweisvertrag). Hiernach wäre auch die vertragsmäßige Anerkennung wieder nur Beweismittel. Der Unterschied beider Ansichten zeigt sich praktisch darin, daß nach dieser letzten die Kraft der Anerkennung durch einfachen Gegenbeweis, nach der ersten nur durch Anfechtung (Note 8) gebrochen werden kann, so wie darin, daß nach der ersten Ansicht für den Inhaber der Anerkennung auch die Pflicht der processualischen Substantiirung wegfällt, nicht aber nach der letzten (Note 4). Ich selbst habe mich in der ersten Auflage dieses Lehrbuchs

nicht behaupten zu wollen[3]. Bestreitet der Anerkennende das als bestehend Anerkannte dennoch[4], so wird auf Grund seiner Verpflich-

(§. 284a) der letzten Ansicht angeschlossen, bestimmt durch die Entscheidungen unserer Quellen, welche dem Bekenntniß über den Empfang einer geschuldeten Summe (der Quittung) lediglich Beweiswirkung zuschreiben. S. l. 19 §. 1 D. de accept. 46. 4, l. 6. 13 C. de solut. 8. 43. Nach meiner jetzigen Ueberzeugung aber nöthigen diese Stellen nur zu dem Zugeständniß, daß möglicherweise auch der dem Gegner zum Zweck des Gebrauchs hingegebenen Anerkennung nur die Absicht zu Grunde liegen kann, dem Gegner einen Beweis zu verschaffen, nicht aber, daß sie diese Absicht nothwendigerweise haben muß. Hierzu stimmt auch l. 40 pr. D. de pact. 2. 14, in welcher Stelle der Erklärung: profiteor te non teneri, die Bedeutung eines pactum de non petendo beigelegt wird. S. auch l. 35 eod. Es ist also für den einzelnen Fall eine Auslegungsfrage, in welchem Sinne die Anerkennung wirklich erfolgt ist, und ich verkenne keinen Augenblick, daß hierdurch die Lehre von der Anerkennung an praktischer Brauchbarkeit unendlich verliert; aber es handelt sich für uns nicht de lege ferenda, sondern wir haben die Verpflichtung, dem Inhalt unserer Quellen gerecht zu werden. Die Art und Weise, wie Bähr, welcher der Anerkennung in allen Fällen die stärkere Wirkung beilegt, die oben genannten Stellen zu beseitigen sucht (S. 237 [261]), kann ich ebenso wenig billigen, wie den Lösungsversuch, welcher sich bei E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. §. 291 Note 1b und §. 341 Note 3a findet. — Lassen sich aber nicht wenigstens Anhaltspunkte für die Entscheidung im einzelnen Fall gewinnen? Wetzell Civilproc. §. 22 unterscheidet nach dem Gegenstand der Anerkennung (des außergerichtlichen Geständnisses); sei ihr Gegenstand eine Thatsache, so habe sie nur Beweiswirkung; sei ihr Gegenstand ein Rechtsverhältniß, so habe sie „der Regel nach den Character einer Disposition". Ich möchte auch dieses „der Regel nach" streichen, und der auf Rechtsverhältnisse gerichteten Anerkennung unbedingt dispositive Kraft beilegen, weil auf Rechtsverhältnisse der Beweis keine Anwendung findet, und weil Anerkennungen zu einem praktischen Zwecke gegeben werden, ein Rechtsverhältniß aber als solches, ohne Zurückführung auf Thatsachen, wenn eben nicht die Anerkennung hilft, processualisch nicht verwerthet werden kann (Note 4). Dagegen bin ich nicht so sicher, ob der auf Thatsachen gerichteten Anerkennung immer nur die schwächere Wirkung beigelegt werden darf. Umgekehrt ist Unger noch weit zurückhaltender, als Wetzell; dieser Schriftsteller erklärt es selbst für das Schuldbekenntniß für eine offene Frage, ob dieselbe dispositive oder nur Beweiskraft habe. — Im Vorstehenden ist nur auf den Fall Rücksicht genommen, wo die Anerkennung in der Ueberzeugung von der Wahrheit des Anerkannten abgegeben wird. Wie aber, wenn sie abgegeben wird, wie das ebenfalls möglich ist, in der Ueberzeugung von der Nichtwahrheit desselben oder im Zweifel an seiner Wahrheit? Dann ist davon auszugehen, daß die Anerkennung in dispositivem Sinne abgegeben sei — und nur der Fall ist auch hier wieder auszunehmen, wo die Anerkennung erfolgt in Erwartung des Wahr-

tung seine Bestreitung als nicht geschehen angesehen[5]; behauptet er das als nicht bestehend Anerkannte dennoch, so wird seine Behauptung als unzulässig zurückgewiesen[6].

Der Grund, welcher den Anerkennenden zur Anerkennung bestimmt, kann ein sehr verschiedener sein. Der nächstliegende Fall der Anerkennung ist der, wo sie erfolgt auf Grund der Ueberzeugung von der Wahrheit des Anerkannten; ihr Zweck ist in diesem Fall Verschaffung größerer Sicherheit. Die Anerkennung kann aber auch erfolgen, obgleich die Ueberzeugung von der Wahrheit des Anerkannten nicht vorhanden ist, oder obgleich die Ueberzeugung von der Unwahrheit des Anerkannten vorhanden ist. In diesem Fall enthält die Anerkennung eine Vermögenszuwendung, deren Grund so verschieden sein kann, wie der einer Vermögenszuwendung überhaupt[7]. Eine besondere Anwen-

---

werdens des Anerkannten (Quittung in Erwartung der Zahlung, Empfangsbekenntniß in Erwartung des zu gewährenden Darlehns).

[3] Diejenigen, welche in der positiven Anerkennung (Anerkennung des Bestandes) nur einen Beweisvertrag in dem zuvor angegebenen Sinne sehen, müssen auch der negativen Anerkennung (Anerkennung des Nichtbestandes) nur die Kraft beilegen, daß sie gegen die bewiesene Behauptung einen Gegenbeweis schafft.

[4] Bestreitung ist auch das Verlangen, daß das anerkannte Rechtsverhältniß processualisch substantiirt, d. h. auf die es begründenden Thatsachen zurückgeführt werden solle. Denn dieses Verlangen hat Sinn nur zum Zweck der Vertheidigung, und auf die Vertheidigung hat eben der Anerkennende durch die Anerkennung verzichtet.

[5] Seine Verpflichtung, nicht zu bestreiten, wird dadurch vollstreckt, daß die dennoch erfolgte Bestreitung als nicht geschehen angesehen wird, wie die Verpflichtung zu einer Willenserklärung dadurch vollstreckt wird, daß sie als geschehen angesehen wird, obgleich sie nicht erfolgt ist (vgl. I §. 173 Note 5). Man kann daher auch sagen: die (vertragsmäßige) Anerkennung sei Anticipation des gerichtlichen Geständnisses, ein im Voraus gegebenes unwiderrufliches gerichtliches Geständniß. So wird auch von Savigny an dem in Note 1 bezeichneten Ort der „Recognitivvertrag" mit der Anerkennung als ein „auf gleichen Zweck gerichteter Vertrag" zusammengestellt. S. auch Bähr S. 168—169 (183—184). — Von Unger wird eine andere Analogie betont, die des richterlichen Urtheils. „Der Anerkenntnißvertrag . . ist ein Surrogat des richterlichen Urtheils: die Parteien sind Richter in eigener Sache: sie sprechen sich selbst das Urtheil". (S. 180).

[6] Und demzufolge gar nicht zum Beweise zugelassen.

[7] So namentlich Schenkung (l. 6 C. de solut. 8. 43), Erwartung einer

dung dieser letzteren Art der Anerkennung bildet die Anerkennung, welche im Vergleiche, im Schiedsrichter- und Schiedseidvertrag enthalten ist oder enthalten sein kann; von diesen Verträgen wird des Näheren in §. 413 fg. die Rede sein. — Erfolgt die Anerkennung auf Grund der Ueberzeugung von der Wahrheit des Anerkannten, so bildet die Wahrheit des Anerkannten ihre Voraussetzung, und sie kann daher bei Unwahrheit des Anerkannten angefochten werden wegen ermangelnder Voraussetzung. Hierzu reicht aber Beweis der Unwahrheit des Anerkannten nicht aus, sondern es muß auch Entschuldbarkeit des Irrthums nachgewiesen werden, kraft dessen das Unwahre für wahr gehalten worden ist[8].

Die Wirkung der Anerkennung erstreckt sich über die Personen der vertragschließenden Parteien hinaus auf ihre Rechtsnachfolger, Gesammt- oder Sondernachfolger[9], so wie auf die Mitbetheiligten nach den I §. 132 Note 4—6 entwickelten Regeln[10].

§. 412b.

Eine besondere Art der Anerkennung ist die Schuldanerkennung, das Schuldbekenntniß; gewöhnlich wird dasselbe schriftlich ausgestellt, und so spricht man von Schuldschein. Das Schuldbekenntniß steht an und für sich unter den Regeln der Anerkennung überhaupt, und berechtigt demnach an und für sich den-

---

Leistung (l. 21. 23 eod.). Vgl. l. 29 §. 1 D. de donat. 39. 5, l. 1 §. 7 D. si quid in fraud. patr. 38. 5.

[8] Vgl. im Allgemeinen §. 426 Nr. 3. 5, und im Besonderen l. 2 D. de conf. 42. 2, c. 3 X. de conf. 2. 18, c. 2 de rest. in VI° 1. 21.

[9] Das Erste versteht sich von selbst: für das Zweite l. 8 D. de iurei. 12. 2. Man sage nicht, daß hier der Eid als Eid (als Quelle objectiver Wahrheit) wirke, nicht kraft der in der Zuschiebung desselben enthaltenen Disposition; denn s. l. 14 D. de iure patr. 37. 14.

[10] Vgl. l. 28 pr. l. 42 §. 3 D. de iurei. 12. 2. Die bezeichneten Regeln wahren vollkommen den Character der Anerkennung als einer Disposition, im Gegensatz zu einer objectiven Entscheidung.

§. 412b. [1] Anders die herrschende Meinung, welche in dem Schuldbekenntniß, wie in der Anerkennung überhaupt, nur ein Beweismittel sieht. Für sie ist das Schuldbekenntniß an sich, d. h. abgesehen von dem etwa in demselben bezeugten thatsächlichen Grund der Schuld, schon deßwegen werthlos (im Uebrigen s. Note 2), weil der in dem Schuldbekenntniß als Gläubiger Anerkannte gar

jenigen, zu dessen Gunsten es ausgestellt ist, die anerkannte Schuld ohne Weiteres einzutreiben, ohne daß er verpflichtet wäre, die Thatsachen anzuführen, auf denen sie beruht[1]. Es hat jedoch in Widerspruch hiermit eine positive Bestimmung des römischen Rechtes einem jeden Schuldbekenntniß die verbindende Kraft ab-

---

nicht zum Beweise gelangt; es wird seine Behauptung, daß der Gegner sein Schuldner sei, als nicht der Vorschrift processualischer Substantiirung entsprechend, als processualisch unzuläßig, zurückgewiesen; substantiirt er aber seine Behauptung des Schuldigseins, so hat er dafür im Schuldbekenntniß keinen Beweis. Es sind verschiedene Versuche gemacht worden, um dieser Schwierigkeit zu entgehen. 1) Bruns (a. a. O. S. 129—130) und Schlesinger (a. a. O. S. 146. 156) suchen dadurch zu helfen, daß sie in das Schuldbekenntniß, oder in die Uebergabe des Schuldbekenntnisses, ein Erfüllungsversprechen (constitutum debiti) hineininterpretiren, so daß also dieses letztere der Klagegrund sein würde. Für diesen Ausweg habe auch ich mich in der 1. Aufl. dieses Lehrbuchs ausgesprochen, und so viel ist jedenfalls sicher, daß eine solche Interpretation durchaus quellenmäßig ist, s. l. 31 D. de pec. const. 13. 5, l. 61 pr. D. de O. et A. 44. 7 (wo entschieden wird, daß aus einem Schuldbekenntniß, wie das hier zur Frage stehende, ein Dritter nicht verpflichtet sei), vgl. auch l. 34 D. de pec. const. Aber nicht unzweifelhaft ist, ob mit dieser Interpretation wirklich geholfen ist; denn es läßt sich doch immer fragen, und es ist gefragt worden (Bähr S. 188 der 2. Aufl., Unger S. 211), ob denn nach heutigem Proceßrecht nicht auch in der Constitutsklage die in Bezug genommene Schuld, deren Bestand ja für den Bestand des Constitutum Bedingung ist, processualisch substantiirt werden müsse. 2) Einen anderen Weg haben Bähr und Unger, und nach Bähr Brinz (früher auch ich, krit. VJSchr. I S. 106 fg.) eingeschlagen. Diese Schriftsteller sehen in dem Schuldbekenntniß nicht das Versprechen der Erfüllung einer bestehenden Schuld, sondern Neubegründung einer Schuld. Das Schuldbekenntniß soll nur eine Form sein für das einfache Versprechen; „ich bekenne, 100 schuldig zu sein", soll so viel heißen, als „ich verspreche, 100 zu geben", weßwegen auch von den genannten Schriftstellern das Schuldbekenntniß mit der Stipulation parallelisirt wird (s. g. accessorische Stipulation). Diese Auffassung halte ich auch jetzt noch, wie in der 1. Aufl., für unzutreffend, und glaube nicht, daß sie dazu beitragen wird, der rechtlichen Wirksamkeit des Schuldbekenntnisses neue Anhänger zu erwerben. Das Schuldbekenntniß kann Form für das Leistungsversprechen sein, und ist dieß jedenfalls dann, wenn eine Schuld im Bewußtsein ihres Nichtbestandes anerkannt wird. Aber daß die Anerkennung in diesem Sinne erfolgt sei, hat im gegebenen Fall zu beweisen, wer es behauptet; bis zur Erbringung dieses Beweises muß das Schuldbekenntniß nach seinem Wortsinn ausgelegt werden, und „ich bekenne, Schuldner zu sein" heißt eben nicht: ich mache mich dadurch zum Schuldner, daß ich mich als Schuldner bekenne, und damit die Macht gegen mich einräume, mich als Schuldner zu

gesprochen, welches nicht selbst den thatsächlichen Grund der anerkannten Schuld wenigstens im Allgemeinen bezeichnet[2]. —

Die Quittung (das Bekenntniß über den Empfang einer

behandeln; sondern: ich bekenne, daß ich jetzt, wo ich bekenne, Schuldner bin, also vorher, durch irgend eine Thatsache, Schuldner geworden bin. 3) Die Construction, welche ich für die richtige halte, ist im vorigen §. Note 4 bezeichnet worden. Der Anerkennende hat durch die Anerkennung das Recht processualischer Bemängelung der Berufung auf die Schuld nicht minder aufgegeben, wie das Recht directer Bestreitung derselben. — In Betreff der Praxis s. die Citate aus Seuffert's Archiv in der folgenden Note; außerdem das. IX. 49.

[2] Die Stellen, welche hier in Betracht kommen, sind l. 25 §. 4 D. de prob. 22. 3 (deren Bestimmung in c. 14 X. de fide instr. 2. 22 wiederholt ist) und l. 13 C. de non num. pec. 4. 30 — unglückselige Stellen, die schon viele Mühe verzehrt haben, und voraussichtlich noch viele verzehren werden, ohne daß jemals ein reines Resultat erzielt werden wird. Vgl. über diese Stellen: Cropp in Heise und Cropp jur. Abhandlungen I S. 349 fg. (1827), Sintenis in Sell's Jahrb. I S. 292 fg. (1841), Gneist formelle Verträge S. 198—219 (1845); Windscheid Lehre von der Voraussetzung S. 196—202 (1850) und krit. VJSchr. I S. 109. 126. 437 (1859), Bähr Anerkennung §. 38. 63—66 (1855. 1867), Dernburg Heid. krit. Zeitschr. III S. 508—510 (1856), Schlesinger zur Lehre von den Formalcontr. S. 39—63. 100 fg. 145 fg. (1858), Girtanner Stipulation S. 298—325 (1859), H. Witte Bereicherungsklagen S. 201—211. 245 fg. (1859), v. Salpius Novation und Delegation S. 287—310; Vangerow III §. 625 Anm. 2 Nr. 3, Rudorff zu Puchta §. 257 h., Sintenis §. 96 Note 48, Brinz S. 430, E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. §. 274 Note 7, Arndts §. 233 Anm. 7. Auf Grund der genannten Stellen erklärt die in Theorie und Praxis herrschende Meinung jedes Schuldbekenntniß für rechtlich unwirksam, in welchem nicht der thatsächliche Grund der anerkannten Schuld so genau bezeichnet ist, daß auch aus diesem thatsächlichen Grunde Klage erhoben werden könnte (s. g. cautio discreta, im Gegensatz der indiscreta). In der That scheinen die genannten Stellen die gemeine Meinung unwiderleglich zu beweisen. Bedenkt man jedoch, daß dieselben nicht von Schuldscheinen schlechthin handeln, sondern von Stipulationsurkunden, welche für eine als bestehend angenommene Schuld ausgestellt sind (vgl. für diesen jetzt kaum noch bestrittenen Satz namentlich Gneist a. a. O. S. 200 fg.), so ergibt sich wenigstens die Möglichkeit der Frage, ob die bezeichneten Stellen unter einer „cautio quae indiscrete loquitur", d. h. in welcher der Aussteller nicht „specialiter . . causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit" (l. 25 §. 4 cit., l. 13 C. cit. spricht von einem „specialiter causam edicere"), in der That eine cautio verstehen, in welchen der Grund der Schuld, und nicht vielmehr eine cautio, in welcher der Grund des Versprechens (eben das Bestehen einer Schuld) nicht angegeben ist. Für diese Auslegung hat sich namentlich Schlesinger ausgesprochen, ebenso

Zahlung) enthält an und für sich eine verpflichtende Anerkennung, einen Anerkennungsvertrag, nicht, sondern ist nur Beweismittel[3]; sie kann aber nach Lage der Umstände eine verpflichtende Aner-

---

Dernburg und Windscheid in der VJSchr., nicht dagegen Arndts krit. Ueberschau IV S. 247. Ich halte diese Erklärung noch immer für möglich der Pandektenstelle gegenüber; dagegen verzweifele ich an ihrer Durchführbarkeit gegenüber der Codexstelle. In derselben die Worte „eamque causam specialiter promissor edixerit" von einer Bezeichnung des debitum, und nicht von einer Bezeichnung der *antecedens causa* debiti zu verstehen, kann ich mich nicht mehr überwinden. Von der anderen Seite verlangt l. 13 C. cit. gewiß nicht specielle Bezeichnung der causa, sondern eben nur Bezeichnung der causa als einer antecedens (es soll das in der Urkunde Bezeugte nicht der Empfang eines Darlehns sein); und läßt sich nicht das „specialiter" in l. 25 §. 4 cit. in gleicher Weise verstehen? (Ich nehme als feststehend an, daß die eine Stelle aus der anderen erklärt werden muß; mag die Pandektenstelle aus der Codexstelle entnommen sein, was ich für das Wahrscheinlichere halte, oder umgekehrt diese aus jener: eines von Beidem ist gewiß der Fall.) Hieraus würde sich die im Texte bezeichnete mittlere Meinung ergeben; ein Schuldbekenntniß, in welchem der Aussteller blos bekennt, „daß er 100 schuldig sei", wäre allerdings unverbindlich; nicht aber ein Schuldbekenntniß, in welchem er z. B. bekennt, „daß er für gemachte Auslagen 100 schuldig sei". Man hätte dann auch eine Versöhnung mit andern Stellen der Compilation, welche ein Schuldbekenntniß der genannten Art als rechtlich wirksam anerkennen (l. 47 §. 1 D. de pact. 2. 14, l. 61 pr. D. de O. et A. 44. 7, über l. 20 D. de inst. act. 14. 3 s. §. 482 Note 17), Stellen, von welchen im Uebrigen angenommen werden müßte, daß sie den oben genannten, in welchen gewiß der eigentliche Ausdruck der Willensmeinung der Compilatoren enthalten ist, weichen. S. auch Bruns a. a. O. S. 129. — In anderer Weise unterscheidet Girtanner a. a. O. (unter Zustimmung von Fitting Zeitschr. f. Handelsr. III S. 293). Er versteht unter cautio quae indiscrete loquitur eine Stipulationsurkunde, in welcher das Schuldbekenntniß nicht abgesondert (abgesondert von der Stipulationsformel) gegeben ist, und läßt die l. 25 §. 4 cit. sagen, daß eine solche cautio, um zu beweisen, den Grund der Verschuldung nennen müsse („C quae debes dare spondes? — C. quae debes ex testamento dare spondes"?). In noch anderer, aber wie mir scheint, ganz willkührlicher Weise sucht Bähr die l. 25 §. 4 cit. zu beseitigen; doch ist ihm Brinz beigetreten. S. auch Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 154 Note 1. Witte findet in der l. 25 §. 4 cit. zwar den ihr von der gemeinen Meinung beigelegten Sinn, glaubt aber, daß sie als im Widerspruch „mit dem sonst im corpus iuris enthaltenen Recht" stehend, keine Beachtung verdiene. — Auch die Praxis zeigt doch eine entschiedene Neigung, sich von der gemeinen Meinung zu emancipiren. Sie hat sich namentlich dadurch zu helfen gesucht, daß sie die Abrechnung als selbständigen

kennung wirklich enthalten, und thut dieß namentlich dann, wenn sie in Kenntniß von der nicht erfolgten Zahlung, und auch nicht etwa in Erwartung der Zahlung, ausgestellt ist[4].

Schuldgrund anerkannt hat — obgleich gewiß nicht in der Abrechnung als solcher, welche eine reine Rechnungsoperation ist, ein neues Leistungsversprechen liegt, sondern höchstens in dem Schuldbekenntniß selbst, welches auf Grund dieser Rechnungsoperation abgegeben wird. Aber freilich auf der anderen Seite: Abrechnung ist Verweisung auf causa antecedens, wenn auch nicht eine specialisirte (vgl. oben, und die daselbst genannten Stellen: „ex ratione mensae“, „ex contractibus plurimis“, „reliqua“). Die Abrechnung wird als Schuldgrund anerkannt namentlich von dem OAG. zu Cassel nach Ausweis des Aufsatzes von Pfeiffer in den pract. Ausführungen VIII. 2 und Seuff. Arch. VII. 246, XII. 17, XIV. 16; s. ferner VII. 302 (Kiel), XII. 17 (Rostock), XIII. 247 und XIV. 17 (Stuttgart); etwas anders III. 105 (Darmstadt), wo verlangt wird, daß in der Klage das der Abrechnung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältniß wenigstens der Gattung nach bezeichnet sei (Näheres im Arch. f. prakt. RW. V S. 116 fg.). Vgl. ferner II. 326 (Dresden: Schuldbekenntniß ohne Angabe des Entstehungsgrundes der Schuld reicht in Verbindung mit einem Zahlungsversprechen zur Begründung der Klage hin), XII. 260 (Wolfenbüttel: Anerkenntniß bildet ein selbständiges Klagfundament), XX. 115 vgl. XVIII. 223. 210 (Celle: ebenso). Auf der andern Seite: XVIII. 137 (Wiesbaden: Anerkenntniß bildet einen selbständigen Klagegrund nicht), III. 105, XIX. 24 (Darmstadt: Anerkenntniß bildet ein selbständiges Klagfundament dann, wenn in der Klage das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältniß wenigstens der Gattung nach bezeichnet wird), VI. 178 (Oldenburg: der Schuldschein bildet einen Klaggrund, wenn die causa debendi speciell bezeichnet ist), VII. 252 (Cassel) und VIII. 180 (Jena): die cautio indiscreta beweist nicht vollständig, kann aber von Belang sein in Betreff des Betrages der Schuld und der Zahlungszeit. — Das HGB. erklärt bei den in Art. 301 näher bezeichneten „Anweisungen und Verpflichtungsscheinen" ausdrücklich „die Angabe des Verpflichtungsgrundes oder das Empfangsbekenntniß der Valuta" für unnöthig.

[3] S. die im vorigen §. Note 2 citirten Stellen. A. M. Bähr S. 232 fg. (255 fg.), Brinz S. 638, auch v. d. Pfordten Abhandl. S. 300 und E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. §. 284 Note 10. — Es ist hierbei zunächst nur auf den Fall Rücksicht genommen, wo durch den Ausdruck „empfangen" oder einen anderen gleichbedeutenden quittirt worden ist. Aber auch wenn der Ausdruck „quittiren", „Quittung" selbst gebraucht worden ist, darf meiner Ansicht nach nicht anders entschieden werden. Es mag sein, daß dieser Ausdruck seiner Etymologie nach nicht auf ein Empfangsbekenntniß geht, sondern auch ein Aufgeben der Forderung; aber ich glaube nicht, daß er heutzutage im Leben in diesem Sinne gebraucht wird. Doch ist dieß eine factische Frage, welche vielleicht auch für die verschiedenen Gegenden Deutschlands verschieden zu beantworten ist.

2. Der Vergleich*.

a. Begriff und Rechtsverhältniß.

§. 413.

Der Vergleich ist ein Vertrag, durch welchen zwei Parteien die zwischen ihnen in Betreff eines Anspruches bestehende Ungewißheit auf dem Wege gegenseitigen Zugeständnisses beseitigen. Der Anspruch kann ein dinglicher[1], obligatorischer[2], familienrechtlicher[3] sein. Die Ungewißheit kann — und dieß ist der Hauptfall — ihren Grund in der Bestrittenheit des Anspruches haben[4]; aber auch darin, daß die künftige Existenz[5], oder der Umfang[6], oder die Realisirbarkeit[6a] des Anspruches ungewiß ist. Das gegenseitige Zugeständniß kann darin bestehen, daß der Anspruch theilweise befriedigt theilweise aufgegeben, bez. theilweise als bestehend theilweise als nicht bestehend anerkannt wird[7]; aber auch

---

[4] In diesem Falle ist die Quittung eine Form des Erlaßvertrages, und steht ganz der römischen acceptilatio gleich. Vgl. l. 6. 21. 23 C. de solut. 8. 43, und über den Fall, wo in Erwartung der Zahlung quittirt wird, noch E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. §. 291 Note 1b.

* Dig. 2. 15 Cod. 2. 4 de transactionibus. — Risch die Lehre vom §. 413. Vergleich mit Ausnahme des Eides und Compromisses (1855). Glück V S. 1—98; Unterholzner I S. 658—660, Sintenis I S. 483—489.

[1] Beispiele von Vergleichen über dingliche Ansprüche in l. 2. 9. 11. 15. 33 C. h. t. Zu den dinglichen Ansprüchen gehören auch die Erbschaftsansprüche, vgl. l. 3 pr. l. 14 D. h. t., l. 2. 6. 10. 15 C. h. t.

[2] Z. B. l. 1. 3. 4 C. h. t.

[3] Z. B. auf Anerkennung der Vaterschaft. Vgl. l. 10 (auch l. 43) C. h. t. Risch S. 71. 72.

[4] S. z. B. l. 1 D. l. 2. 12. 17 C. h. t., l. 65 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6.

[5] Z. B. l. 11 C. h. t.: von zwei Miterben soll derjenige dem andern ein Vermächtniß auszahlen, welcher ohne Kinder sterben wird. S. auch l. 1. 16 C. de pact. 2. 3.

[6] Der Anspruch geht z. B. auf eine jährliche Präſtation für die Lebenszeit des Berechtigten. L. 8 D. h. t.

[6a] Z. B. der Berechtigte weiß, daß die Folge seines Vorgehens gegen den Verpflichteten dessen Concurs sein, und daß er dabei einen Ausfall erleiden werde, während es ungewiß ist, ob der Verpflichtete jemals neues Vermögen erwerben wird. Vgl. §. 414 Note 9.

[7] S. z. B. l. 6 C. h. t.

darin, daß er ganz befriedigt oder aufgegeben bez. als bestehend oder nicht bestehend anerkannt, und dagegen von der anderen Partei eine Gegenleistung gemacht oder versprochen wird[8]. Diese Gegenleistung kann einen so verschiedenen Inhalt haben, wie jede andere Vermögensleistung[9]. Wird nur von der einen, nicht auch von der anderen Seite ein Zugeständniß gemacht, so liegt kein Vergleich vor, sondern eine verkappte Schenkung[10].

Das Rechtsverhältniß zwischen den vertragschließenden Parteien bestimmt sich im Allgemeinen nach den Grundsätzen von den gegenseitigen Verträgen[11], im Besonderen nach dem Inhalt der getroffenen Beredung[12]. Eine Verpflichtung erzeugt der Vergleich

---

[8] Z. B. l. 9. 33 D. h. t.

[9] Sie kann z. B. zum Inhalt haben Eigenthumsverschaffung, Begründung oder Aufgabe eines Rechtes an fremder Sache, Begründung oder Aufgabe eines Forderungsrechtes ꝛc.

[10] L. 38 C. h. t. „Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit“. L. 1 D. h. t. „Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit; qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit“.

[11] S. §. 321. Namentlich also: a) keine Partei kann Erfüllung des Vergleichs fordern, ohne ihrerseits erfüllt zu haben, oder Erfüllung anzubieten, l. 21 i. f. C. de pact. 2. 3. b) Wer erfüllt hat, oder Erfüllung anbietet, kann von dem Gegner Erfüllung fordern. Bei den Römern konnte nur, wer seinerseits erfüllt hatte, Erfüllung fordern [mit der actio praescriptis verbis, l. 6. 33 [34] C. h. t., oder durch Geltendmachung des aufgegebenen Anspruches, l. 28. 36 C. h. t., s. unten bei c)], nicht, wer nur Erfüllung anbot; denn der Vergleich war bei den Römern kein Consensualcontract. L. 21 C. de pact. 2. 3, l. 17. 28 C. h. t. c) Wer erfüllt hat, kann von dem Gegner nur Erfüllung verlangen, nicht Rückgabe des Empfangenen. So schon bei den Römern (obgleich gegen das Princip — die actio praescriptis verbis schließt an und für sich die condictio ob causam datorum nicht aus, I §. 99 Note 1 —); dafür beweisen l. 36 C. h. t. („ne quid amplius ab his peti possit, exceptionis proficit aequitas“, d. h. derjenige, welcher seinen Anspruch aufgegeben hat, kann seinen Anspruch noch geltend machen, so weit die versprochene Gegenleistung reicht, um diese zu erzwingen, — aber weiter nicht, vgl. Risch S. 209), l. 28 C. h. t. („poteris ad obsequium placitorum adversarium tuum urgere“). d) Wird einer Partei die Erfüllung der von ihr übernommenen Verbindlichkeit ohne ihre Schuld unmöglich, so ist auch die andere Partei an den Vergleich nicht gebunden; anders nur, wenn die Unmöglichkeit sich auf die Ausführung einer Entäußerungserklärung bezieht (§. 321 Note 16—19).

[12] Im Einzelnen bemerke man: a) das Aufgeben des Anspruchs im Ver-

nicht nothwendig, sondern nur insofern, als er entweder direct ein Versprechen enthält, oder doch eine Erklärung, durch welche der Rechtszustand, der nach der Erklärung stattfinden soll, nicht sofort auch bewirkt ist[13]. — Bruch eines beschworenen Vergleiches wird

---

gleiche ist Erlaß, und zwar directer Erlaß. Zwar, wenn der Anspruch bestritten ist, also im Hauptfall des Vergleiches, ist im Sinne des Gegners des Aufgebenden das Aufgeben des Anspruchs zunächst nicht aufzufassen als Verzicht auf das Recht, da der Gegner ja ein Recht nicht anerkennt, sondern als Verzicht auf das Wiedervorbringen der Behauptung, daß ein Recht begründet sei, also als pactum de non petendo. Allein der Aufgebende seinerseits verzichtet nicht in dem Sinne, um sich bloß der Geltendmachung des Rechtes, im Gegensatz zum Rechte selbst, zu berauben; er also will directen Erlaß (§. 357 Abs. 2), und diesen Willen acceptirt eventuell auch sein Gegner. Bei den Römern erzeugte, wie jeder Erlaß, so auch der vergleichsweise Erlaß, directe Wirkung nur, wenn er in die Form der acceptilatio eingekleidet war (was freilich gewöhnlich geschah, vgl. l. 2. 4. 15 D. h. t., l. 3. 4. 32. 40 C. eod.), sonst nur exceptio nach dem Rechte des pactum de non petendo (vgl. l. 17. 24 C. h. t.). b) Enthält der Vergleich eine Anerkennung, so ist dieselbe zu beurtheilen nach den §. 412[a] gegebenen Regeln. c) Die Gegenleistung kann entweder sofort bewirkt, oder es kann nur eine Verbindlichkeit zur Bewirkung derselben übernommen werden. Das Letztere ist auch dann der Fall, wenn die Willenserklärung zwar darauf gerichtet ist, daß der Gegner sofort haben solle, aber dieses Haben durch sich selbst herbeizuführen nicht im Stande ist (z. B. Eigenthumsübertragung ohne Tradition). d) Geht die Gegenleistung auf Geben einer Sache, so haftet der Contrahent nicht bloß wegen Entwehrung, sondern sofort, sobald es feststeht, daß dem Empfänger nicht das Eigenthumsrecht, oder nicht ein zum Behalten der Sache befugendes Eigenthumsrecht verschafft worden sei (§. 392). Aber natürlich haftet nicht auch der auf seinen Anspruch Verzichtende, wenn der Gegenstand des Anspruches hinterher dem Gegner kraft eines anderen Rechtes genommen wird. L. 33 C. h. t. Risch S. 203—205, Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 238. 239, Sintenis S. 488 Anm. 46.

[13] S. die vorhergehende Note bei c). — Aus dem Gesagten ergibt sich eine Schwierigkeit für die Stellung des Vergleiches im Systeme. Es ist die gleiche Schwierigkeit, welche oben (§. 365 Note 18) in Betreff der Schenkung erörtert worden ist Auch von dem Vergleiche sollte eigentlich in einem Rechtstheile gehandelt werden, welcher die concreten Thatsachen, auf denen der Vermögensverkehr beruht, als solche, abgesehen davon, ob sie Obligationen erzeugen oder nicht, darstellte. In Ermangelung eines solchen Rechtstheiles findet der Vergleich seine passendste Stelle, wie die Schenkung, m. E. immer noch im Obligationenrecht, und zwar im speciellen Theil desselben. Andere stellen ihn in den allgemeinen Theil des Obligationenrechts, in die Lehre von der Aufhebung der Obligationen, vgl. §. 358 Note 6. Aber der Vergleich

dadurch gestraft, daß der Eidbrüchige seine Rechte aus dem Vergleiche verliert, während er selbst an den Vergleich gebunden bleibt[14].

Für und gegen Dritte wirkt der Vergleich an und für sich nicht[15]. Ausnahmen[16] gelten: a) für die Rechtsnachfolger, Gesammt- oder Sondernachfolger[17]; b) für die Mitbetheiligten nach den I §. 132 Note 4—6 entwickelten Regeln[18]. c) Auf einen Vergleich über die Gültigkeit eines Testaments können sich die Erbschaftsgläubiger berufen[19].

---

enthält weder nothwendig Aufhebung einer Obligation, noch nothwendig Aufhebung eines Anspruches. Auch an den allgemeinen Theil des Rechtssystems überhaupt hat man gedacht, und zwar unter einem doppelten Gesichtspunkt. Einmal wegen des vielfachen möglichen Inhalts der den Vergleich constituirenden Leistungen, so Unterholzner I S. 658. a, vgl. Risch S. 24. 33. In der That, bleibt man bei der Vielfachheit dieses möglichen Inhaltes stehen, so gehört der Vergleich gerade so gut in den allgemeinen Theil, wie die Schenkung; umgekehrt ist aber auch diese nicht abzulehnende Consequenz wohl geeignet, Bedenken daran zu erregen, ob die Schenkung im allgemeinen Theil wirklich ihre richtige Stellung hat (§. 365 Note 18). Risch sodann (S. 12—34) will den Vergleich in den allgemeinen Theil neben das Urtheil stellen, weil auch er ein Mittel zur Beendigung eines Streites sei. Auch diese Stellung halte ich für weniger zweckmäßig, als die dem Vergleiche hier gegebene. Zwar bin ich weit davon entfernt, zu behaupten, daß bei der Anordnung des Systems auf die Bedeutung, welche die Rechtsinstitute für die Interessen und Bedürfnisse des Lebens und Verkehrs haben, keine Rücksicht genommen werden dürfe (vgl. I §. 13 Note 2, II §. 362 Note 1); aber ich glaube nicht, daß die Einsicht in das rechtliche Wesen des Vergleichs dadurch gefördert wird, daß man ihn mit dem Urtheil zusammenstellt. Was von ihm rechtlich auszusagen ist, beruht fast ausschließlich darauf, daß er Vertrag, und nicht darauf, daß er Streitbeendigung ist. Dazu kommt (welche Schwierigkeit sich übrigens auch Risch selbst nicht verbirgt [S. 30 Note 13]), daß der Vergleich nicht nothwendig einen Streit voraussetzt (Note 5. 6. 6a).

[14] L. 41 C. h. t.

[15] L. 3 pr. §. 2 D. h. t., l. 1 C. h. t., l. 29 §. 2 D. de inoff. test. 5. 2.

[16] Vgl. Risch S. 192 fg.

[17] Vgl. l. 8 D. de iurei. 12. 2 und §. 412a Note 9.

[18] Vgl. l. 28 pr. l. 42 §. 3 D. de iurei. 12. 2 und §. 412a Note 10.

[19] L. 14 D. h. t. Vgl. I §. 132 Note 9.

2. Ungültigkeitsgründe.

§. 414.

Der Vergleich ist ungültig aus den allgemeinen Gründen; namentlich kann er angefochten werden wegen Zwanges[1], Betruges[2], ermangelnder Voraussetzung. In Betreff des letzteren Punktes ist folgendes Nähere zu bemerken. 1) Voraussetzung eines Vergleiches über den Inhalt eines Anspruches ist die Begründetheit des Anspruches an sich[3]. 2) Voraussetzung eines Vergleiches über einen bestrittenen Anspruch ist, daß die bei dem Vergleich als wahr angenommenen Thatsachen, deren Nichtwahrheit den Streit ausschließen würde, wahr seien, so wie daß nicht andere Thatsachen wahr seien, deren Wahrheit den Streit ausschließen würde[4]. 3) Voraussetzung eines Vergleiches über einen

---

[1] L. 13 C. h. t. §. 414.

[2] L. 9 §. 2 D. l. 4. 19. 30 C. h. t., l. 65 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6. Vgl. Seuff. Arch. XV. 128. — L. 35 D. de pact. 2. 14 enthält keinen Fall des Vergleichs, sondern einen Fall der Anerkennung. Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 194 Note 18[a].

[3] Z. B. Jemand vergleicht sich über ein Rentenvermächtniß, mit welchem er sich beschwert glaubt, gegen eine zu zahlende Aversionalsumme; hinterher zeigt sich, daß ihm gar kein Vermächtniß auferlegt ist. Jemand vergleicht sich über die Größe eines ihm auferlegten Vermächtnisses; hinterher zeigt sich, daß dieses Vermächtniß nichtig ist. In diesen Fällen ist geradezu die condictio indebiti begründet. Seuff. Arch. III. 323. (In dem Fall bei Seuff. Arch. XIII. 142 bezog sich der Vergleich nicht bloß auf den Inhalt des Anspruchs.)

[4] Z. B. Vergleich über ein wegen eines Formfehlers angefochtenes Testament; hinterher zeigt sich, daß dasselbe untergeschoben ist. Vergleich über einen Anspruch, welchem die exceptio SC[i] Velleiani entgegengesetzt wird; hinterher zeigt sich, daß das begründende Rechtsgeschäft erzwungen war. Vergleich über einen Eigenthumsanspruch, welcher bestritten wird, weil der Rechtsurheber des Klägers nicht Eigenthümer gewesen sei; hinterher zeigt sich, daß der Kläger vom wahren Eigenthümer zum Erben eingesetzt war. Vgl. Note 10. — Das hier Gesagte wird nicht bewiesen durch l. 12 i. f. D. h. t. (welche Stelle nicht von der Anfechtung des Vergleichs spricht, sondern einfach sagt, daß der Vergleich nicht auf einen andern, als den gemeinten Anspruch bezogen werden dürfe), nicht auch durch l. 3 §. 1 D. h. t. (wie auch diese schwierige Stelle auszulegen sein mag, vgl. darüber Risch §. 14 Note 15), und ebensowenig durch l. 36 D. fam. herc. 10. 2 (welche Stelle gar nicht von einem Vergleich redet). Wohl aber wird es bewiesen durch l. 42 C. h. t. In dieser Stelle

bestrittenen Anspruch ist ferner, daß der Streit nicht schon entschieden sei[5]. Daher ist der Vergleich anfechtbar, wenn bereits ein rechtskräftiges Urtheil über die Sache vorliegt[6]; ebenso, wenn bereits in anderer Weise, durch einen früheren Vergleich, Eid

---

wird ein Vergleich für unverbindlich erklärt, weil er auf Grund falscher Urkunden abgeschlossen worden sei. Diese Urkunden können sich nicht auf den Streitpunkt selbst bezogen haben, weil sonst für einen Vergleich kein Raum gewesen wäre; also müssen sie sich auf eine Voraussetzung des Streites bezogen haben. — Mit dem Gesagten stimmen eine Reihe von Schriftstellern (s. namentlich Puchta §. 294. h, Arndts §. 269. m, ferner Bähr Anerkennung §. 32 und die Citate bei Risch §. 25 Note 17) insofern überein, als sie lehren, daß der Vergleich angefochten werden könne wegen Unrichtigkeit des bei demselben als gewiß Vorausgesetzten; die nothwendige Ergänzung, daß der Vergleich auch angefochten werden könne wegen Wirklichkeit von Thatsachen, deren Nichtvorhandensein bei demselben vorausgesetzt wurde, wird von diesen Schriftstellern nicht gemacht. Gegen die ganze Lehre haben sich ausgesprochen Risch §. 26 (vgl. unten Note 10), Brinz S. 139, Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 160 fg. Risch glaubt in den hier fraglichen Fällen durch Auslegung des Vergleiches helfen zu können; derselbe dürfe auf keinen anderen Streitpunkt bezogen werden, als denjenigen, über welchen man sich verglichen habe; aber daraus folge nicht, daß der abgeschlossene Vergleich nichtig sei. Wer sich also über ein wegen Formfehlers von ihm angefochtenes Testament verglichen habe, sei nicht verhindert, die Erbschaft deßwegen zu fordern, weil das Testament untergeschoben sei; allein der Vergleich bleibe bestehen. Daraus würde aber folgen, daß er auch das ihm zur Abfindung Geleistete behalten dürfe; der Gegner würde also die Abfindung und die Erbschaft zugleich verlieren. Und wie wenn die Erbschaft ihm gegen eine von ihm zu leistende Abfindung ausgeantwortet wäre: wie würde er hier ohne Anfechtung des Vergleiches das Geleistete zurückerhalten? Oder wenn Jemand sich über eine von ihm vorgebrachte Einrede verglichen hat, und er hinterher eine andere Einrede entdeckt? S. auch Seuff. Arch. III. 323.

[5] Vgl. über das Folgende: Thibaut Arch. f. civ. Pr. VIII. 12. IX. 22, Goldschmidt das. IX. 5, C. Sell in Sell's Jahrb. II S. 53—64, Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIV S. 334—347, Risch S. 74—95, Vangerow III §. 668 Anm., Sintenis S. 484. 485.

[6] L. 7 pr. §. 1 l. 11 D. l. 32 C. h. t., l. 23 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6; Paul. S. R. I. 1 §. 5, Cod. Greg. II. 11 c. 1. 3. 4, Cod. Hermog. tit. 4 c. 3, Consult. c. 4. 7. 9. — Ueber den Grund dieses Satzes sind die Schriftsteller nicht einig. Die früher sehr verbreitete, auf l. 32 C. h. t. und Paul. S. R. I. 19 §. 2 gestützte Meinung, daß er seinen Grund habe in der Unverbindlichkeit des nudum pactum nach römischem Recht, und daher für das heutige Recht unanwendbar sei, wird jetzt wohl von Niemandem mehr getheilt; vgl. darüber Risch S. 77—81, Vangerow a. a. O. Die Ansicht

oder Schiedsspruch, über den Streit entschieden ist[7]. Natürlich ist dabei aber erforderlich: a) daß nicht wieder über die Thatsache der Entscheidung selbst Streit sei[8]; b) daß der Anfechtende die

---

Thibaut's (a. a. O.), der Satz sei als positive, im Interesse der öffentlichen Ordnung gegebene Vorschrift aufzufassen, hat keinen Anklang gefunden; widerlegt wird sie dadurch, daß die vergleichsweise gemachte Leistung nicht nichtig, sondern anfechtbar ist, l. 32 C. h. t. (wo die Nichtigkeit geleugnet, die Anfechtbarkeit vorausgesetzt wird). Die herrschende Meinung hält den Satz für eine unmittelbare Consequenz aus dem Begriffe des Vergleiches, nach welchem zum Vergleich Ungewißheit erforderlich sei. Aber dabei ist nicht gehörig unterschieden zwischen subjectiver und objectiver Ungewißheit. Die Ungewißheit, welche nach dem Begriffe des Vergleiches erforderlich ist, ist subjective, nicht objective Ungewißheit, und die durch das rechtskräftige Urtheil ausgeschlossene Ungewißheit ist die objective, nicht die subjective. Das Letztere ist unbestreitbar, da ja das Urtheil dem sich Vergleichenden unbekannt sein kann; wer das Erstere leugnet, behauptet mit anderen Worten, daß jeder Vergleich angefochten werden könne, wenn man hinterher zu beweisen im Stande sei, daß man im Streite Recht gehabt habe. Aber die an und für sich zum Vergleich genügende subjective Ungewißheit soll ausnahmsweise eben dann nicht genügen, wenn sie ihren Grund in dem Nichtkennen der vorhandenen rechtskräftigen Entscheidung gehabt habe: diese Ausnahme ist das zu Rechtfertigende. Ihre Rechtfertigung liegt aber in dem im Text Bemerkten: der Vergleich wird zum Zweck der Entscheidung des Streites, und daher unter der Voraussetzung noch nicht erfolgter Entscheidung, abgeschlossen. Risch freilich (S. 88 Note 22) ist der Meinung, ein bei Unkenntniß der vorhandenen rechtskräftigen Entscheidung abgeschlossener Vergleich sei eben wegen dieser Unkenntniß gültig. Hiernach würde unser Satz keinen anderen Inhalt haben, als den sehr trivialen, daß Schenkung kein Vergleich sei. S. darüber Note 8.

[7] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, aber folgt aus der Natur der Sache. Risch S. 91—94. A. M. Rudorff a. a. O. S. 347 fg.

[8] L. 11 D. h. t. „Post rem iudicatam, etiamsi provocatio non est interposita, tamen si negetur iudicatum esse, vel ignorari potest, an iudicatum sit, quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest“. L. 23 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6. Die l. 11 cit. ist so zu verstehen: ein Vergleich ist trotz des rechtskräftigen Urtheils dennoch möglich, wenn die Existenz des Urtheils entweder direct bestritten ist, oder man doch über die Existenz desselben verschiedener Meinung sein kann. Daß auch in dem letzteren Falle die Berufung auf das Urtheil als entscheidende Instanz von demjenigen, gegen welchen das Urtheil geltend gemacht wird, abgelehnt werde, setzt sie voraus („quia adhuc lis subesse possit“). Risch sieht in dieser Stelle einen Beweis für den von ihm behaupteten Satz (Note 6 a. E.), daß der Vergleich gültig sei, wenn die Parteien von der rechtskräftigen Entscheidung „durchaus kein Bewußtsein hatten“. Aber es heißt: si ignorari potest, nicht: si ignoratur.

vorhandene Entscheidung nicht gekannt habe[9]. — Dagegen ist, wie sich von selbst versteht, Voraussetzung des Vergleiches nicht, daß man nicht später sollte darthun können, daß man in dem Streite selbst Recht gehabt habe[10].

Nach der positiven Vorschrift des römischen Rechtes soll man sich über Alimente, welche auf Todesfall hinterlassen sind, gegen eine Aversionalsumme nur mit gerichtlicher Bestätigung vergleichen; ohne dieselbe ist der Vergleich für den Alimentenberechtigten unverbindlich[11]. — Ueber den von Vielen behaupteten Satz, daß der Vergleich über testamentarische Ansprüche nichtig sei, wenn dabei die Testamentsurkunde nicht vorgelegen habe, s. die Note[12].

---

[9] Wer sich vergleicht, eine ihm günstige Entscheidung kennend, nennt Vergleich, was in der That Schenkung ist. Es müßte denn die Vollziehbarkeit des Urtheils ungewiß sein. In diesem Falle liegt allerdings ein Vergleich vor, weil wieder eine Ungewißheit vorhanden ist; zwar keine Ungewißheit des Rechtes, aber doch eine Ungewißheit der Realisirbarkeit des Rechtes. Vgl. §. 413 Note 6[a] und den in Note 5 citirten Aufsatz von Goldschmidt, so wie den zweiten von Thibaut.

[10] Daß die Thatsachen, welche man behauptet habe, wahr, die Thatsachen, welche man bestritten habe, unwahr, daß die wahren rechtlich zu qualificiren seien, wie man behauptet habe. L. 2. 19. 23. 29 C. h. t., l. 65 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6. Seuff. Arch. XIII. 142. Aus l. 23 cit. glaubt Risch (S. 228) einen directen Beweis gegen das im Text zu 2 Gesagte herleiten zu können; aber in dieser Stelle nöthigt nichts zu der Annahme, daß der Vergleich nicht auf die Erbfrage mit bezogen worden sei.

[11] L. 8 D. h. t., l. 8 C. eod. Risch §. 13, Sintenis Anm. 43, Holzschuher III §. 316 Nr. 7. Seuff. Arch. V. 285, X. 263, XI. 39, XVIII. 244.

[12] Dieser Satz wird gestützt auf l. 6 D. h. t. „De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest, nisi inspectis cognitisque verbis testamenti". Nun ist aber unbestritten, daß diese Stelle identisch ist mit l. 1 §. 1 D. test. quemadmodum 29. 3, und der Zusammenhang dieser letzteren Stelle lehrt, daß der Verfasser derselben den Vergleich nicht für ungültig hat erklären wollen, sondern nur hat sagen wollen, ohne Kenntniß der Worte des Testaments könne, und werde daher, ein vernünftiger Mann sich nicht vergleichen. Die Frage kann also nur die sein, ob nicht die Compilatoren diese Stelle, welche sie in den Titel testamenta quemadmodum aperiantur in ihrem ursprünglichen Sinne aufgenommen haben, in den Titel de transactionibus mit verändertem Sinne eingerückt haben. Die Bejahung dieser Frage scheint mir aber viel zu gewagt, um so mehr, als die Compilatoren dann das Wort „potest" zweimal in einem verschiedenen Sinne genommen haben müßten, einmal in dem Sinne

compromissum

2. Der Schiedsvertrag*.

a. Begriff und Wirkungen.

§. 415.

Der Schiedsvertrag ist der Vertrag, durch welchen die vertragschließenden Parteien ausmachen, daß eine zwischen ihnen schwebende Rechtsstreitigkeit durch eine Privatperson — einen Schiedsrichter — (oder eine Mehrheit von solchen Personen) entschieden werden solle[1]. Der Schiedsvertrag enthält: 1) eine Willenserklärung der Parteien, daß sie sich dem schiedsrichterlichen Spruche unterwerfen. Daher macht der schiedsrichterliche Spruch Recht zwischen den Parteien, wie der richterliche[2]; aber nicht durch eigene Kraft, sondern kraft derjenigen, mit welcher er von den Parteien begabt ist. Eine Folge hiervon ist, daß, wenn er zu Gunsten des Klägers ausgefallen ist, dieser nicht sofort Execution des Spruches begehren kann[3], sondern erst auf Erfüllung desselben

---

von juristischem Nichtkönnen, dann in dem Sinne von factischem Nichtkönnen („neque exquiri veritas aliter potest"). So auch Risch §. 14. Jedenfalls findet der Satz von der Ungültigkeit des Vergleiches ohne Kenntniß der Testamentsworte seine Rechtfertigung nicht, wie Puchta §. 294. d, Arndts §. 269 Anm. 2, Sintenis Anm. 37 glauben, in der Ermangelung des Erfordernisses der Ungewißheit. Wird dieser Satz als Vorschrift des Justinianischen Rechtes anerkannt, so wüßte ich denselben nicht anders zu rechtfertigen, als aus dem Verbot der alea. Vgl. auch Holzschuher III §. 316 Nr. 6.

* Dig. 4. 8 de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant. Cod. 2. 56 de receptis arbitris. — W. André gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte (1860). Glück VI S. 61—105; Unterholzner I S. 650—656, Sintenis II S. 492—500. Ueber den legislatorischen Werth des Instituts: W. H. Puchta das Institut der Schiedsrichter nach seinem heutigen Gebrauch und seiner heutigen Brauchbarkeit (1823), Pfeiffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III. 2 (1847), André a. a. O. S. 59—66. §. 415.

[1] Der Ausdruck Schiedsvertrag ist eigentlich ungenau, da auch der Schiedseidvertrag (§. 418) ein Schiedsvertrag ist; man sollte also eigentlich Schiedsrichtervertrag sagen. Doch wird diese Ungenauigkeit im Interesse der Kürze erlaubt sein. Der römische Ausdruck ist compromissum, s. Note 10. Der Schiedsrichter heißt römisch arbiter.

[2] L. 1 D. h. t. „Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur, et ad finiendas lites pertinet". Vgl. §. 418 Note 1. a.

[3] L. 1 C. h. t.

klagen muß[4]. Fällt der schiedsrichterliche Spruch gegen den Kläger aus, so steht dem aberkannten Anspruch fortan eine Einrede entgegen[5]. Wird durch den schiedsrichterlichen Spruch nicht ein Anspruch zu- oder aberkannt, sondern das Dasein oder Nichtdasein eines sonstigen Rechtsverhältnisses oder einer Thatsache festgestellt, so kann auf Grund des Schiedsspruches jeder aus diesem Rechtsverhältniß oder dieser Thatsache herzuleitende Anspruch erhoben bez. zurückgewiesen werden[6]. — Der Schiedsvertrag enthält 2) von Seiten desjenigen, welcher den Anspruch erhebt, das Versprechen, die Sache nicht mit Umgehung des Schiedsgerichtes an ein öffentliches Gericht bringen zu wollen, und 3) von Seiten beider Parteien das Versprechen, Alles thun zu wollen, was ihrerseits nöthig ist, um den Schiedsrichter zur Fällung des Spruches in den Stand zu setzen. Das erste Versprechen erzeugt eine Einrede gegen die dennoch an das öffentliche Gericht gebrachte Klage[7]. Das zweite Versprechen gibt dem Kläger eine Replik gegen diese Einrede[8]; es kann aber auch auf Erfüllung desselben geklagt werden[9]. — Dem Schiedsvertrag kann

---

[4] Das römische Recht gab eine Klage nur, wenn Erfüllung durch Stipulation versprochen worden war, l. 5 pr. C. h. t., l. 27 §. 7 l. 28 D. h. t. Doch gewährte schon Justinian eine Klage aus dem formlosen Schiedsvertrag in folgenden zwei Fällen: a) wenn entweder der Schiedsvertrag selbst oder der Vertrag mit dem Schiedsrichter eidlich abgeschlossen worden sei; b) wenn die Parteien den Schiedsspruch durch ihre Unterschrift anerkannt, oder nur binnen den nächsten 10 Tagen nicht gegen denselben protestirt hätten. L. 4. 5 C. h. t. Die erste Bestimmung hob er aber wieder auf in Nov. 82 c. 11. Eine Ausnahme bestand auch in Betreff der Schiedsverträge der Juden, l. 8 C. de Iudaeis 1. 9. André S. 3—17.

[5] Nach dem Rechte der Anerkennung. Möglicherweise auch nach dem Rechte des Erlasses; doch scheint mir diese Kategorie, welche in der 1. Aufl. ausschließlich geltend gemacht worden ist, ferner zu liegen. Vgl. l. 13 §. 1 D. h. t., l. 5 pr. C. h. t.

[6] Vgl. §. 418 Note 1. e.

[7] André S. 19—24. Nicht entgegensteht l. 30 D. h. t.; s. Note 10.

[8] Der Kläger darf sagen, daß er auf die Anrufung der richterlichen Hülfe nicht absolut verzichtet habe, sondern nur zu Gunsten des Schiedsspruches, und daß dieser durch die Schuld des Beklagten nicht zu Stande gekommen sei. André S. 24.

[9] Die Execution ist durch richterliche Strafdrohung zu beschaffen (§. 251 Note 3); möglicherweise auch durch Stellung des Präjudizes, daß der von dem

ein Strafversprechen hinzugefügt werden, entweder in dem Sinne, daß bei Nichterfüllung des Schiedsvertrages der Gläubiger Erfüllung und Strafe, oder in dem Sinne, daß er nur Strafe solle fordern können[10].

Für und gegen Dritte hat der Schiedsspruch keine Wirkung, abgesehen von Rechtsnachfolgern und von Mitbetheiligten nach den I §. 132 Note 4—6 entwickelten Regeln[11].

b. Voraussetzungen der Verbindlichkeit der schiedsrichterlichen Verfügungen. Ungültigkeit des Schiedsvertrages.

§. 416.

1. Die Verfügungen[1] des Schiedsrichters sind trotz der Verbindlichkeit des Schiedsvertrages unverbindlich, wenn der Schiedsrichter die ihm durch den Vertrag gesetzten, sachlichen oder zeitlichen, Grenzen überschreitet[2]. Der Schiedsspruch im Besonderen ist unverbindlich, wenn derselbe den Streit der Parteien nicht bestimmt und vollständig entscheidet[3], wenn er auf etwas Un-

---

Schiedsrichter etwa dennoch zu fällende Spruch auch den Ungehorsamen verbinden werde. — Eine Befugniß des Schiedsrichters, die Parteien durch Geldstrafen zum Gehorsam gegen seine Verfügungen zu nöthigen, ist in l. 39 pr. D. h. t. nicht anerkannt. André S. 43. 44.

[10] Bei den Römern war die Hinzufügung einer Strafstipulation zu dem Schiedsvertrage das durchaus Gewöhnliche; daher auch der Ausdruck compromissum. Und zwar hatte dieses Strafversprechen den im Text zuletzt bezeichneten Sinn; der Bruch des Schiedsvertrages, mochte dem Schiedsspruch der Gehorsam verweigert oder mochte das Zustandekommen des Schiedsspruches verhindert werden, erzeugte nur die Klage auf die Strafe. L. 2 D. h. t. „Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem". L. 30 eod., l. 1 C. h. t., Nov. 82 c. 11. In Betreff der Verhinderung des Zustandekommens des Schiedsspruches s. z. B. l. 27 §. 4. 6 l. 39 D. l. 2 C. h. t.

[11] Vgl. §. 412[a] Note 9 und 10.

[1] Endurtheil oder proceßleitende Verfügungen. — Die Leitung des Verfahrens ist dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen. Die Behauptung, daß er an die Proceßordnung des betreffenden Landes gebunden sei, ist ungegründet. André S. 43—59. Vgl. auch Seuff. Arch. XVI. 46. §. 416.

[2] Sachliche Grenzen: l. 32 §. 15. 18. 19 l. 46 D. h. t. Zeitliche Grenzen: l. 32 §. 21 l. 33 l. 20 §. 7 l. 21 §. 8 l. 25. 26 l. 50 D. l. 1 C. h. t.

[3] L. 19 §. 1 l. 21 §. 3 (vgl. §. 1) l. 32 §. 16. 17 D. h. t., l. 21 pr. eod.

erlaubtes geht[4], wenn er durch die Arglist des Gegners erwirkt oder offenbar parteiisch ist[5], wenn er nicht in Gegenwart beider Parteien publicirt worden ist[6]. Den einmal abgegebenen Spruch darf der Schiedsrichter nicht mehr ändern[7]. Sind mehrere Schiedsrichter ernannt, so entscheidet Stimmenmehrheit[8], bei Stimmengleichheit der Spruch eines von den Schiedsrichtern zu ernennenden Obmannes[9].

---

[4] L. 21 §. 7 D. h. t.

[5] L. 3 C. h. t. Bloße Unbilligkeit des Spruches ist kein Grund seiner Unverbindlichkeit. L. 27 §. 2 D. h. t. „Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit, et sibi imputet, qui compromisit. Nam et D. Pii rescripto adiicitur: vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet". L. 1 C. h. t. „Ex sententia arbitri ex compromisso iure perfecto aditi appellari non posse, saepe rescriptum est". S. auch l. 32 §. 14 i. f. D. h. t. Vgl. André S. 52—56, Holzschuher III §. 317 Nr. 8; Seuff. Arch. I. 217. — Daß der Spruch auch nichtig sei, wenn er gegen ein rechtskräftiges Urtheil verstoße (vgl. Sintenis Anm. 33), läßt sich aus c. 11 X. de arbitr. 1. 43 nicht herleiten; in dem Falle dieser Stelle hatte der Schiedsrichter seine Competenz überschritten. S. noch Glück VI S. 99, Sintenis a. a. O., André S. 55. 56.

[6] L. 27 §. 4. 5 D. h. t.

[7] L. 19 §. 2 l. 20 l. 21 pr. D. h. t.

[8] L. 17 §. 6. 7 l. 18 l. 27 §. 3 D. h. t. Was c. 2 de arbitr. in VI° 1. 22 angebt, s. Glück VI S. 80, André S. 46. 47; Seuff. Arch. V. 283, XVIII. 245.

[9] L. 17 §. 6 cit. In scheinbarem Widerspruch mit dieser Stelle sagt l. 17 §. 5 eod.: „Si in duos fuerit sic compromissum, ut, si dissentirent, tertium assumant, puto tale compromissum non valere; nam in assumendo possunt dissentire". Aber warum sollten die Parteien den Schiedsrichtern nicht durch Vertrag eine Macht beilegen können, welche denselben schon nach gesetzlicher Regel zusteht? Die l. 17 §. 5 cit. will nur sagen, daß ein solches Compromiß nicht die Kraft habe, eine Entscheidung mit Nothwendigkeit herbeizuführen. Ueber die verschiedenen Ansichten s. André S. 33—38. André selbst stellt die neue Ansicht auf, daß in l. 17 §. 6 cit. den Schiedsrichtern nicht die Befugniß zur Erwählung eines Obmannes gegeben, sondern die Verpflichtung zur Beiziehung einer vom Gericht zu bestimmenden Person auferlegt sei. Diese Erklärung scheitert nach meiner Ansicht an dem Worte eligere in §. 6 cit. Von der Ungültigkeit eines Vertrages, durch welchen den Schiedsrichtern die Befugniß, die Sache an einen Obmann zu bringen, eingeräumt wird, geht aus c. 12 X. de arbitris 1. 43 (welche Stelle aber unmittelbar nicht von dem Falle, wo durch die Schiedsrichter, sondern von dem Fall redet, wo durch einen Dritten soll gewählt werden); das Recht der Schiedsrichter zur Erwählung eines Obmannes ohne Vertrag erkennen an

2. Der Schiedsvertrag ist ungültig, abgesehen von den allgemeinen Gründen, wegen Unfähigkeit des ernannten Schiedsrichters[10]. Was die Anfechtbarkeit wegen Ermangelung der Voraussetzung angeht, so gilt hier das Gleiche, was oben (§. 414) über den Vergleich gesagt worden ist[11]. Der Schiedsvertrag verliert seine Verbindlichkeit durch den Tod einer Partei[12] und durch einseitigen Rücktritt wegen Feindschaft mit dem Schiedsrichter[13]. — Gegenwärtigkeit des Rechtsstreites, oder auch nur des Rechtsverhältnisses, ist Voraussetzung der Gültigkeit des Schiedsvertrages nicht[14]. Ebenso wenig ist Voraussetzung seiner Gültigkeit die sofortige Bezeichnung der Person des Schiedsrichters[15]. Ist aber die Bezeichnung der Person des Schiedsrichters künftiger Vereinbarung vorbehalten[16], so liegt nicht sowohl ein Schiedsvertrag vor, als ein Vertrag auf Abschluß eines Schiedsvertrages[17].

---

c. 39 X. de off. et pot. iud. deleg. 1. 29, c. 61 X. de appell. 2. 28. — Vgl. noch Seuff. Arch. II. 47, IX. 156, XVI. 47.

[10] Unfähig zur Uebernahme eines Schiedsspruches sind: a) Personen unter 20 Jahren, l. 9 §. 1 l. 41 D. h. t.; b) Taube, Stumme, Wahnsinnige, l. 9 §. 1 D. h. t.; c) Frauen, sie müßten denn Gerichtsbarkeit haben, l. 6 C. h. t., c. 4 X. h. t. 1. 43; d) die Parteien selbst, l. 51 D. h. t. L. 9 §. 2 D. h. t. erklärt auch den Richter der Sache für unfähig; anders das canonische Recht, c. 7 X. h. t. 1. 43. Vgl. Holzschuher III §. 317 Nr. 7.

[11] Dieß folgt daraus, daß auch der Schiedsvertrag den Zweck hat, einen Streit zu beendigen.

[12] L. 27 §. 1 l. 32 §. 3 l. 49 §. 2 D. h. t., c. 14 X. h. t. 1. 43.

[13] L. 32 §. 14 D. h. t. — Daß der Schiedsvertrag seine Verbindlichkeit auch durch vertragsmäßige Aufhebung verliert (l. 32 §. 3 D. h. t.), versteht sich von selbst. — Durch die Ablehnung oder den Rücktritt des vereinbarten Schiedsrichters (§. 417), durch dessen Tod (l. 45 D. h. t., c. 45 X. de testib. 2. 20, vgl. Seuff. Arch. V. 283), durch den Ablauf der ihm gesetzten Zeit (l. 32 §. 3 D. h. t.), verliert der Schiedsvertrag nicht sowohl seine Verbindlichkeit, als seine Ausführbarkeit.

[14] Nicht entgegensteht l. 46 D. h. t. André S. 26—29. In Betreff des zweiten Punktes ist dieser Schriftsteller ohne Grund anderer Meinung.

[15] C. 12 X. de arbitr. 1. 43 enthält eine falsche Auffassung der l. 17 §. 5 D. h. t. S. Note 9.

[16] Gegensatz: ein Dritter soll den Schiedsrichter ernennen, oder jede Partei Einen. Vgl. Arch. f. prakt. RW. IX S. 110—117; Seuff. Arch. XIII. 314.

[17] S. g. pactum de compromittendo. Demselben wird Erfüllung ge-

c. Vertrag mit dem Schiedsrichter.

§. 417.

Von dem Schiedsvertrag ist zu unterscheiden der Vertrag, welchen die Parteien mit dem Schiedsrichter abschließen[1]. Niemand braucht Schiedsrichter zu werden; aber wer einmal die schiedsrichterliche Entscheidung übernommen hat, ist verpflichtet, sie zu fällen[2]. Doch wird dabei vorausgesetzt, daß der Schiedsvertrag selbst verbindlich sei und fortfahre verbindlich zu sein[3]; und auch abgesehen davon hat der Schiedsrichter gewisse gesetzlich anerkannte Entschuldigungsgründe[4].

3. Der Schiedseidvertrag*.

§. 418.

Der Schiedseidvertrag ist der Vertrag, durch welchen die vertragschließenden Parteien die Entscheidung einer zwischen ihnen

---

sichert, was den Beklagten angeht, durch eine Einrede gegen die von dem Kläger gerichtlich angebrachte Klage; was den Kläger angeht, durch eine Replik gegen diese vom Beklagten vorgebrachte Einrede (vgl. §. 415 Note 8); aber auch durch directe Klage, wobei die Execution durch Strafdrohung, oder dadurch beschafft wird, daß der Richter anstatt der säumigen Partei zur Bestellung des Schiedsgerichts mitwirkt. Vgl. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock II S. 183—185. A. M. in Betreff des letzteren Punktes Sintenis Anm. 88, und in Betreff der Gültigkeit des pactum de compromittendo überhaupt André S. 29—33 und Seuff. Arch. XIII. 314.

§. 417. [1] S. g. receptum arbitri.

[2] L. 3 §. 1 l. 15 D. h. t. Er wird vom Richter durch Verhängung von Geldstrafen gezwungen, l. 32 §. 12 D. h. t. Vgl. Rudorff Zeitschr. f. RGesch. IV S. 107 fg. Binnen welcher Frist muß er das Urtheil fällen? L. 13 §. 3. 4 l. 14 D. h. t.

[3] Bei den Römern gehörte dazu auch ein Strafversprechen, und die Fortdauer der Verbindlichkeit desselben. L. 11 §. 1 — l. 13 §. 1 l. 32 §. 1. 3 l. 34 §. 1 l. 35 D. h. t.

[4] L. 9 §. 4. 5 l. 10. 11 pr. l. 15. 16. 17 pr. D. h. t. S. noch l. 9 §. 3 D. h. t. (der Richter zwingt auch dann nicht, „si sordes aut turpitudo arbitri manifesta sit"), in Verbindung mit l. 7 pr. eod.

§. 418. * Dig. 12. 2 de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali. Cod. 4. 1 de rebus creditis et iureiurando. — Savigny System

schwebenden Rechtsstreitigkeit auf den Eid der einen von ihnen stellen. Der Schiedseidvertrag enthält von Seiten desjenigen, welcher den Eid zuschiebt, eine Unterwerfung unter die von der anderen Seite abgegebene, eidlich erhärtete Erklärung; es ist in dieser Beziehung zu wiederholen, was oben (§. 415) über den Schiedsrichtervertrag gesagt worden ist[1]. Bringt der Kläger, so lange die Ableistung des Eides noch in Frage steht, die Sache an den Richter, so ist aus dem Vertrage eine Einrede gegen ihn begründet[2]. Der Ableistung des Eides steht der Erlaß desselben durch den Zuschiebenden gleich[3]. Verweigerung der Ableistung des Eides ist Ausfall der Bedingung des abgeschlossenen Ver-

---

VII §. 309—314. Glück XII S. 178 fg.; Unterholzner I S. 656—658, Sintenis I S. 489—492.

[1] a) Der Eid macht zwischen den Parteien Recht, formale Wahrheit. L. 5 §. 2 l. 9 §. 1 l. 28 §. 10 l. 29 l. 30 pr. D. l. 1 C. h. t., §. 11 I. de act. 4. 6. Deßwegen wird der Eid mit dem richterlichen Urtheil verglichen, l. 2 l. 26 §. 2 l. 35 §. 1 D. h. t., l. 1 pr. D. quar. rer. actio 44. 5. (In mehreren der zuvor genannten Stellen wird die Kraft des Eides, nicht genau, unter den Gesichtspunkt des Beweises gestellt.) Eine Anfechtung des Eides wegen Meineides gestattet das römische Recht nur in einem ganz besonderen Ausnahmefall, l. 13 C. h. t. Die Bestimmung der P. G. O. Art. 107 bezieht sich nur auf gerichtliche Eide. b) Der Eid macht Recht zwischen den Parteien auf Grund des abgeschlossenen Vertrages, l. 3 pr. l. 26 §. 2 l. 35 §. 1 D. h. t. Deßwegen wird der Eid mit dem Vergleiche zusammengestellt, l. 2 l. 31 i. f. D. h. t., l. 21 D. de dolo 4. 3. c) Hat Jemand geschworen, daß ihm ein Anspruch zustehe, so kann er auf Grund des Eides klagen. So schon nach römischem Recht, wenngleich der Eidvertrag nur formlos abgeschlossen war, §. 8 I. de act. 4. 6, l. 28 §. 10 l. 25 l. 30 pr. §. 1. 2 D. h. t. d) Hat Jemand geschworen, daß ein Anspruch gegen ihn nicht begründet sei, so steht dem Anspruch fortan eine Einrede entgegen nach dem Recht der Anerkennung (des Erlasses?). L. 7 pr. l. 9 pr. D. h. t., und vgl. §. 415 Note 5. In den Quellen wird der Eid mit der acceptilatio (l. 40 D. h. t.) und der solutio (l. 21 l. 27 §. 1 l. 28 §. 1 l. 35 §. 1 D. h. t.) verglichen. e) Geht der Eid nicht auf Bestehen oder Nichtbestehen eines Anspruchs, sondern auf Dasein oder Nichtdasein eines sonstigen Rechtsverhältnisses oder einer Thatsache, so kann jeder aus diesem Rechtsverhältniß oder dieser Thatsache herzuleitende Anspruch auf Grund des Eides klagend verfolgt bez. zurückgewiesen werden. L. 9 §. 1 l. 11 l. 13 §. 1—5 l. 26 §. 1 l. 28 §. 5—9 l. 29 l. 30 §. 2 D. h. t.

[2] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber unmittelbar aus dem Inhalt des Vertrages.

[3] L. 6 l. 9 §. 1 D. h. t.

trages; eine weitere Folge hat dieselbe nicht[4]. — Für und gegen Dritte wirkt der Eid nicht[5], abgesehen von Rechtsnachfolgern und von Mitbetheiligten nach den Regeln des §. 132 Note 4—6[6]. — Die Gültigkeit des Schiedseidvertrages steht unter den allgemeinen Regeln. Ueber die Anfechtbarkeit wegen Ermangelung der Voraussetzung gilt das Gleiche, wie für Vergleich und Schiedsrichtervertrag[7].

H. Spiel und Wette*.

§. 419.

Im Spiel- wie im Wettvertrag verspricht jede Partei der anderen Etwas[1] unter einer Bedingung, welche das Gegentheil

---

[4] L. 5 §. 4 D. h. t. Hierin besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem außergerichtlich und dem vor Gericht zugeschobenen Eid: der letztere muß bei Strafe der Sachfälligkeit entweder ausgeschworen oder zurückgeschoben werden. L. 34 §. 7—9 D. h. t. Auf diesen Unterschied beziehen sich ohne Zweifel die Ausdrücke voluntarium und necessarium in der Rubrik des hierher gehörigen Pandektentitels (s. bei *); heutzutage aber versteht man unter iusiurandum voluntarium eben den vor Gericht zugeschobenen Eid, im Gegensatz des vom Richter auferlegten, welcher iusiurandum necessarium genannt wird.

[5] L. 3 §. 3 l. 9 §. 7 l. 10 l. 11 §. 3 l. 12 l. 13 pr. D. h. t.

[6] L. 7 l. 8 l. 9 §. 7 D. h. t.; l. 28 §. 1—3 l. 42 pr. §. 1—3 D. eod., l. 1 §. 3 D. quar. rer. act. 44. 5. Vgl. §. 412ª Note 9. 10.

[7] S. §. 414 und §. 416 Note 11. — Ohne Angabe von Gründen behauptet Savigny a. a. O. S. 85, daß nach heutigem Recht der Schiedseidvertrag überhaupt unverbindlich sei Gegen diese Meinung erklärt sich auch Wetzell Civilproc. §. 27 z. A.

§. 419. * Dig. 11. 5 de aleatoribus. Cod. 3. 43 de aleatoribus et alearum lusu. — Ueber Spiel und Wette sind hauptsächlich zu vergleichen die beiden Aufsätze von Wilda in der Zeitschr. f. deutsches R. II. 2 S. 133—193 und VIII S. 200—239 (1839. 1843). Ferner: Gans Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung I. 2 Nr. 14 (1830; darüber Wilda II S. 141—144), Thöl der Verkehr mit Staatspapieren S. 235—272 (1835), v. d. Pfordten Abhandlungen S. 327—333 (1840). Glück XI S. 325—374; Unterholzner II S. 305—309, Sintenis II S. 724—727, Vangerow III §. 673 Anm., und die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Gerber §. 193, Beseler §. 130, Bluntschli §. 125. 126.

[1] Zu geben, oder, wenn der Spiel- bez. Wettpreis sogleich eingesetzt wird, den Andern nehmen zu lassen. — Es ist auch möglich, daß der Spiel- bez. Wettpreis einem Dritten zur Aushändigung an den Sieger übergeben wird,

ist von der Bedingung, unter welcher sie ihrerseits sich von dieser anderen Partei etwas versprechen läßt, so daß im Resultat nur die eine Partei etwas erhält, also gewinnt, während die andere verliert[2]. Im Uebrigen sind Spiel- und Wettvertrag wesentlich verschieden. Bei dem Wettvertrag ist die Bedingung, von welcher die Parteien Gewinn und Verlust abhängig machen, die Richtigkeit oder Unrichtigkeit von Behauptungen, welche die Parteien einander gegenüber aufstellen, und der Sinn, in welchem der Wettvertrag abgeschlossen wird, ist der, daß jede Partei eine Strafe übernimmt für den Fall, daß sie Unrecht haben sollte, und eine Strafe über den Gegner verhängt für den Fall, daß Dieser Unrecht haben sollte. Beim Spielvertrag dagegen ist die Bedingung, von welcher Gewinn und Verlust abhängig gemacht wird, entweder der Ausfall einer von den Parteien zum Zwecke geselliger Unterhaltung vorgenommenen Thätigkeit (Spiel im engeren Sinne), oder das Sein oder Nichtsein, Eintreten oder Nichteintreten irgend einer anderen Thatsache, welche die Parteien zur Entscheidung über Gewinn und Verlust nur benützen[3]. Das Motiv des Spiel-

---

von welchem Falle l. 17 §. 5 D. de praescr. verb. 19. 5 (Note 5) handelt. In diesem Falle besteht die gegenseitige Leistung der Parteien nicht in einer Verpflichtung, welche sie jede der anderen gegenüber übernehmen, sondern in einer Verpflichtung, welche sie jede dem Dritten gegenüber übernehmen, dahin gehend, daß der Dritte der anderen Partei leisten dürfe, was diese sich von ihm hat versprechen lassen, — Aushändigung des Eingesetzten für den Fall des Sieges. Für das Wesen des Spiel- und Wettvertrages ist diese Modification ohne Bedeutung.

[2] Sind Spiel- und Wettvertrag gegenseitige Verträge (§. 321)? Man wird es nicht leugnen dürfen. Kann bei dem gegenseitigen Vertrag die Verpflichtung der einen Partei eine bedingte sein (§. 387), so können bedingt auch die Verpflichtungen beider Parteien sein, und die Natur des Vertrages wird dadurch nicht alterirt, daß die eine Bedingung die Umkehrung der anderen ist, so daß es von vorn herein feststeht, daß nur Eine Verpflichtung existent werden wird. Dieses Letztere drückt v. d. Pfordten a. a. O. so aus: Spiele und Wetten seien in der Eingehung zweiseitig, in der Erfüllung aber nur einseitig. — Kuntze zu Holzschuher III S. 39 stellt die Obligationen aus Spiel und Wette als „alternative Obligationen" den gegenseitigen Obligationen gegenüber.

[3] Diese Thatsache kann ebenfalls der Ausfall einer von den Parteien vorgenommenen Thätigkeit, sie kann aber auch irgend eine andere sein. Ob die Parteien selbst die Würfel werfen, oder ob sie nur zusehen, während ein

vertrages ist im ersten Fall die Absicht, durch die Aussicht auf Gewinn oder Verlust den Ernst und die Energie der Spielthätigkeit zu steigern, oder auch, ausschließlich oder mit diesem Motiv verbunden, der Reiz des Wagens; im zweiten Fall ist das Motiv des Spielvertrages der Reiz des Wagens oder Gewinnsucht[4].

Auf dieser Verschiedenheit des Wett- und des Spielvertrages unter sich, und des Spielvertrages in sich, beruhen folgende Rechtssätze.

1. Der Wettvertrag ist durchaus erlaubt, und erzeugt die seinem Inhalte gemäße rechtliche Wirkung[5].

Anderer sie wirft, ist für den Begriff des Spielvertrages sehr gleichgültig. Das s. g. Differenzgeschäft (steigt bis zu einer gewissen Zeit der Curs dieses Papieres über eine gewisse Grenze, so bezahle ich die Differenz, fällt er unter diese Grenze, so bezahlst du die Differenz — oder umgekehrt) ist ein Spielvertrag, welcher nur nicht so genannt wird. Gerade mit Rücksicht auf das Differenzgeschäft, und um dessen Gültigkeit zu retten, hat Thöl a. a. O. die Behauptung aufgestellt, es sei zum Begriff des Spieles wesentlich, daß die Entscheidung durch die Thätigkeit der Parteien herbeigeführt werde, und hält diese Behauptung auch jetzt noch aufrecht (Handelsrecht 4. Aufl. §. 102). Thöl hat, wie zu erwarten war, keinen Anstand genommen, alle Consequenzen derselben zu ziehen. „Der Vertrag, den zwei Engländer schlossen, daß der Eine oder der Andere eine bestimmte Summe an den Gegner verlieren solle, je nachdem von zwei auf das eine Ende eines Tisches gesetzten Schnecken die eine oder die andere zuerst das entgegengesetzte Ende erreichen werde, ist ein Spiel. Hätten die Contrahenten die Schnecken so vorgefunden, daß sie, die Contrahenten, auch nicht im Mindesten auf die Entscheidung des Vertrages eingewirkt hätten, so wäre es eine Wette gewesen." Gegen Thöl Wilda VIII S. 208—210. Angenommen ist die Thöl'sche Ansicht in dem Urtheil bei Seuff. Arch. XI. 236.

[4] Ist das Motiv des Spielvertrages Steigerung und Belebung der Spielthätigkeit, so ist er Spielvertrag, weil er sich an ein Spielen anschließt; ist das Motiv des Spielvertrages Lust am Wagen oder Gewinnsucht, so ist er deßwegen Spielvertrag, weil er selbst ein Spielen enthält.

[5] L. 17 §. 5 D. de praescr. verb. 19. 5. Thöl a. a. O. S. 264 bezweifelt mit Unrecht, daß in dieser Stelle von einer Wette die Rede sei; s. dagegen Wilda VIII S. 217. 218. Ueber den weitgehenden Gebrauch, welchen die Römer von Wetten zum Zwecke der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung über eine irgendwelche Streitigkeit machten, s. die Citate bei Keller Civilproc. §. 26 Note 307. 308. — A. M. in Betreff der Gültigkeit des Wettvertrages Puchta §. 258, auf Grund der irrigen Auffassung: „Spiele sind Complexe von zusammenhängenden Wetten", und mit Berufung darauf, daß l. 17 §. 5 cit. nur von einer Klage gegen den Dritten rede. Auch bei

2. Der Spielvertrag ist dann erlaubt, wenn er sich innerhalb der Grenzen geselliger Unterhaltung hält. Dieß thut er: a) wenn sein Motiv die Steigerung und Belebung einer zum Zwecke der Unterhaltung vorgenommenen anderweitigen Thätigkeit ist; b) wenn sein Motiv zwar der Reiz des Wagens, aber der Spielpreis mäßig und den Vermögensverhältnissen der Spielenden entsprechend ist[6]. Der erlaubte Spielvertrag erzeugt ebenfalls alle seinem Inhalte gemäßen rechtlichen Wirkungen[7].

3. Jeder andere Spielvertrag ist verboten und nichtig; das

älteren Juristen findet sich die Meinung, daß der Wettvertrag ungültig sei, wie der Spielvertrag, s. Wilda S. 226.

[6] Das römische Recht erlaubt den Spielvertrag in diesem Umfange nicht. Es erlaubt ihn nur bei Spielen zum Zwecke körperlicher Uebung, und zwar nach Justinian's Vorschrift nur bei fünf Spielen dieser Art (vgl. darüber Glück XI S. 326. 327), und nur mit der Maßgabe, daß der Spielpreis nicht mehr als einen solidus betrage. Außerdem ist erlaubt das Spielen im häuslichen Kreise um dasjenige, „quod in convivio vescendi causa ponitur" (l. 4 pr. D. h. t.). Für die weiter gehende, im Texte aufgestellte Bestimmung darf ein allgemeines deutsches, täglich geübtes Gewohnheitsrecht behauptet werden; es wird täglich das im Spiel Verlorene gezahlt, ohne daß dieß kraft eines besonders empfindlichen Ehrgefühls geschähe, und anders angesehen würde, denn als eine Sache des einfachen Rechts. Dazu stimmt auch die in den Particularrechten vertretene deutsche Rechtsentwickelung, wie sie von Wilda II S. 144 fg. nachgewiesen worden ist. S. auch Wilda daselbst S. 173—180. — Andere haben den Satz aufgestellt, nach heutigem Recht seien erlaubt alle Kunstspiele, nicht die Glücksspiele. S. darüber und dagegen Wilda a. a. O. S. 174 fg. — Für die fortdauernde Gültigkeit der römischen Bestimmungen: Seuff. Arch. I. 345, IX. 289, XIII. 94.

[7] Wilda (II S. 180—182) will auch aus dem erlaubten Spiele keine Klage gestatten, sondern nur das Rückforderungsrecht ausschließen, wieder mit Berufung auf die in den deutschen Particularrechten und dem Reichsgesetz von 1570 §. 211 („Reuterbestallung und Artikul der teutschen Knechte") vertretene Rechtsentwickelung. Die hierher gehörigen deutschrechtlichen Bestimmungen verbieten das „Spielen auf Borg", scheinen mir dieß aber viel mehr in dem Sinne zu thun, weil sie in einem solchen Spielen eben kein Spielen zur Unterhaltung, sondern ein eigentliches Spielen um Gewinn sehen, als um jede Klage aus dem Spielvertrage überhaupt auszuschließen. Jedenfalls verstehen sie unter Spiel auf Borg ein Spiel, bei welchem demjenigen, welcher erklärt, nicht im Besitze von Geld zu sein, das zu Verlierende im Voraus creditirt wird, nicht aber ein Spiel, nach dessen Beendigung ein Mitspieler erklärt, er sei augenblicklich nicht im Besitz von Geld, und bitte daher, ihm das Verlorene einstweilen zu creditiren.

Verlorene braucht nicht gezahlt zu werden, und kann zurückgefordert werden, wenn es bereits gezahlt worden ist[8].

§. 420.

1. Erlaubt und verbindlich ist nicht Alles, was Wettvertrag genannt wird, sondern nur, was Wettvertrag wirklich ist; es kann sich sehr wohl unter dem Namen der Wette ein Spiel verbergen[1]. — Auch der Wettvertrag, welcher es wirklich ist, ist unerlaubt, wenn die Wette einen unsittlichen Inhalt hat[2]. — Der

---

§. 420. [8] L. 3 C. h. t. (welche Stelle nicht, wie Arndts §. 236 Anm. 2 und Sintenis §. 123 Anm. 2 annehmen, unglossirt ist), l. 4 §. 1. 2 D. h. t. A. M. in Betreff des Rückforderungsrechtes Wilda II S. 185—190, wieder mit Berufung auf das deutsche Recht, jedoch nicht in überzeugender Weise. Particularrechtlich tritt aber wohl an die Stelle des Rückforderungsrechts Confiscation der verspielten Summen. — Vgl. Seuff. Arch. I. 345, XIII. 94; XI. 155.

[1] Was Wette genannt wird, ist in der That Spiel, wenn die Parteien nicht wetten, weil sie widersprechende Behauptungen gegen einander aufgestellt haben, sondern widersprechende Behauptungen gegen einander aufstellen, um wetten zu können. Dahin gehört auch das s. g. Pariren beim Spiel, in dem Sinne, in welchem es gewöhnlich geschieht. Anders, wenn es wirklich von der Ueberzeugung ausgeht, daß einer der Mitspielenden dem andern an Kraft überlegen sei. In gleicher Weise verhält es sich mit den Wetten, welche bei Pferderennen und ähnlichen Wettkämpfen gemacht zu werden pflegen. Das römische Recht erklärt (l. 3 D. h. t.) für unerlaubt alle Wetten beim Spiele, mit Ausnahme der Spiele zum Zwecke körperlicher Uebung, — ohne Zweifel in dem Sinne, daß bei den letzteren ein Interesse der Wettenden am Ausgange des Spiels als solchen denkbar sei, während in anderen Fällen das Spiel zur Entscheidung über Gewinn und Verlust nur benützt werde. Vgl. Wilda VIII S. 217. 227—230. Seuff. Arch. II. 291, XIII. 94. — Wo die Grenze zwischen der wirklichen Wette und der Spielwette ist, kann im einzelnen Fall sehr schwer zu bestimmen sein; der Gegensatz selbst ist deßwegen nicht weniger wahr. Einen nahe liegenden Anhaltspunkt für die richterliche Entscheidung wird die Höhe der Wettsumme bilden; ist dieselbe verhältnißmäßig hoch, so liegt die Vermuthung nahe, daß in der Wette gespielt worden sei. Die Behauptung aber, daß die Wette überhaupt (also auch da, wo es feststeht, daß sie aus Rechthaberei abgeschlossen worden ist) durch die unverhältnißmäßige Höhe der Wettsumme eine unerlaubte und unverbindliche werde, läßt sich nicht rechtfertigen, auch nicht, wenn man, was der Standpunkt von Wilda ist (VIII S. 230—233), das ältere deutsche Recht zu Hülfe nimmt. Vgl. Vangerow S. 539.

[2] L. 17 §. 5 i. f. D. de praescr. verb. 19. 5. Einen unsittlichen Inhalt

Wettvertrag kann, wie jeder Vertrag, angefochten werden wegen Arglist; aber Arglist ist es nicht ohne Weiteres, wenn Jemand, welcher von der Wahrheit seiner Behauptung sichere Kunde hat, wettet, ohne dieß dem Gegner mitzutheilen[3]. — Gleichheit des Wettpreises auf beiden Seiten ist Bedingung der Gültigkeit des Wettvertrages nicht[3a]. Wird nur von der einen Seite etwas für den Fall des Unrechthabens versprochen, so ist das keine Wette mehr; jedoch ist ein solcher Vertrag nicht unverbindlich[4]. — Unverbindlich ist natürlich die nicht ernstlich gemeinte Wette[4a].

2. Das Recht auf Rückforderung des in einem verbotenen Spiel Verlorenen verjährt erst in fünfzig Jahren[5]. Will der Verlierende dieses Recht nicht geltend machen, so kann es statt seiner seine Stadtgemeinde, in zweiter Linie der Fiscus thun[6]. — Der von Vielen aufgestellte Satz, daß das zum Zweck eines verbotenen Spiels gegebene Darlehn nicht zurückgefordert werden könne, ist bedenklich[7]. Dagegen enthält das römische Recht noch die Bestimmung, daß derjenige, welcher seine Wohnung zu einem

---

hat die Wette, wenn sie zur Beförderung des Schlechten dient. Wilda VIII S. 218. 228.

[3] Anders, wenn er sich den Schein gibt, die Sache, auf welche es ankommt, minder gewiß zu wissen, als dieß der Fall ist. Wilda VIII S 233—236, Vangerow S. 539, Holzschuher III §. 310 Nr. 5.

[3a] Seuff. Arch. II. 292, vgl. aber auch XVI. 217.

[4] Vgl. Schwarze und Heyne Untersuchung praktisch wichtiger Materien rc. S. 88—91, Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 100. A. M. Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 207.

[4a] Vgl. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock III S. 100—105.

[5] L. 3 C. h. t. (§. 419 Note 8).

[6] L. 3 C. cit. Vgl. Glück XI S. 334—337, Wilda II S. 190—192, Sintenis §. 123 Anm. 5.

[7] Man stützt ihn auf l. 12 §. 11 D. mand. 17. 1 und l. 2 §. 1 D. quar. rer. actio 44. 5. Aber was die erste Stelle angeht, so gelangt man, wenn man dieselbe wirklich für die hier vorliegende Frage verwerthen will, zu dem, doch von Niemandem anerkannten, Satz, daß kein Darlehn zurückgefordert werden könne, von welchem der Darlehngeber wisse, daß es öconomisch schlecht werde verwendet werden. Richtiger erscheint es daher, diese Stelle aus der Jugend des Darlehngebers („adolescens") zu erklären, vgl. l. 27 §. 1 l. 24 §. 4 D. de min. 4. 4. Aus l. 2 §. 1 D. quar. rer. actio (§. 391 Note 40) aber folgt höchstens, daß das Darlehn dann nicht zurückgefordert werden könne, wenn das Geld verloren worden ist. Wilda beruft sich auch hier auf das

verbotenen Spiel hergibt, keinen Anspruch wegen erlittener Schläge und wegen Beschädigung, und ebenso wenig wegen einer zur Zeit des Spiels in seinem Hause verübten Entwendung haben solle[8].

3. Eine besondere Gestaltung des Spielvertrages ist der moderne Lotterievertrag. Das Besondere desselben liegt darin, daß nur die Verpflichtung der einen der spielenden Parteien eine bedingte ist. Der Lotterievertrag wird heutzutage von den Staaten als Erwerbsquelle benützt, und ist insofern erlaubt[9].

II. Forderungsrechte aus vertragsähnlichen Gründen.

A. Ungerechtfertigte Bereicherung*.

1. Begriff.

a. Bereicherung.

§. 421.

Die Thatsache, daß Jemand aus fremdem Vermögen in ungerechtfertigter Weise bereichert worden ist, erzeugt für ihn die

---

deutschrechtliche Verbot des Spieles auf Borg. Vgl. noch Holzschuher III §. 310 Nr. 2. — Wird das Darlehn von dem Mitspieler gegeben, und das gegebene Geld an denselben verloren, so ist das Darlehn freilich unrückforderbar. Es ist jetzt ganz gleich, als wenn das Geld direct im Spiele verloren worden wäre.

[8] L. 1 pr. — §. 3 D. h. t. Doch ist freilich die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung sehr bestritten. Wilda II S. 173, Sintenis Anm. 5 a. E. — Oeffentliche Bestrafung des verbotenen Spiels? S. l. 1 §. 4 D. h. t., l. 3 i. f. C. h. t.; Heffter Strafrecht §. 483, Wilda II S. 183—185.

[9] Das Nähere muß den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts überlassen bleiben. — Ebenso muß den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts die Darstellung der anderen gewagten Verträge überlassen werden, welche außer den hier genannten noch einer besonderen Erörterung bedürfen, des Leibrentenvertrags, des Versicherungs- und des Bodmereivertrags (vgl. über den letzteren auch §. 371 Note 8 a. E.).

§. 421. * Dig. 12. 4—7, 13. 1. Cod. 4. 5—9. — Windscheid, die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung (1850). Erxleben die condictiones sine causa, 1. Abtheil. 1850. 2. Abtheil. 1853. H. Witte die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts (1859). Voigt die condictiones ob causam

Verpflichtung, dem Benachtheiligten herauszugeben, worum er reicher geworden ist[1].[2]

1. Bereicherung[3]. Dieselbe kann in einer Vermehrung des Vermögens bestehen, oder in einer Nichtverminderung. Vermögens-

(1862); vgl. über diese Schrift die Recensionen von Esmarch krit. VJSchr. V S. 523—541 und von H. Witte in Schletter's Jahrb. X S. 6—25 (die letztere ist nicht zu strenge). Die im Vorstehenden genannten Schriften decken übrigens das hier behandelte Thema nicht alle vollständig. — Glück XIII S. 1 fg.; Unterholzner II S. 6—65, Sintenis II §. 109 (S. 517—545).

[1] Früher lehrte man vielfach, daß schon die Thatsache der Bereicherung aus fremdem Vermögen als solche eine Verpflichtung zur Ausgleichung des dadurch dem Andern entstandenen Nachtheils begründe, und noch W. Sell in seinen Versuchen I. 1 (1833) hat der Ausführung dieses Grundsatzes eine besondere Abhandlung gewidmet. Jetzt wird es wohl von Niemandem mehr verkannt, daß der Grundsatz in dieser Allgemeinheit unrichtig ist, und daß, wenn die Quellen wirklich lehren: „natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem“ (l. 14 D. de cond. ind. 12. 6, l. 206 D. de R. I. 50. 17), dieß nur eine von den vielen falschen Abstractionen ist, welche sich in ihnen finden. Den richtigen Grundsatz gibt an l. 1 §. 3 de cond. sine causa 12. 7. „Constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam“; — ferner l. 25 D. de act. rer. am. 25. 2: — „Nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident“. — Den bezeichneten Irrthum hat neuerlich Jacobi (Jahrb. f. Dogm. IV. 3) umgekehrt, indem er behauptet, daß auch die Ungerechtfertigtheit der Bereicherung kein selbständiges Klagefundament bilde. S. dagegen H. Witte das. V. 3, und vgl. §. 423 Note 13. — Ueber das Geschichtliche der Lehre s. Voigt §. 39—45.

[2] Die Verpflichtung aus der Thatsache der ungerechtfertigten Bereicherung entspricht der vertragsmäßigen Verpflichtung auf Rückgabe dessen, was Jemand aus fremdem Vermögen in Händen hat. Der Zusammenhang zwischen der einen und der anderen Verpflichtung ist besonders nahe liegend da, wo die Bereicherung auf dem Willen des Aermergewordenen beruht. Gai. III. 90 (§ 1 I. quib. mod. re 3. 14): „Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam perinde ei condici potest: SI PARET EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset“. L. 5 §. 3 D. de O. et A. 44. 7, §. 6 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27. — Es ist hier nur die Rede von der Verpflichtung aus der Thatsache der ungerechtfertigten Bereicherung als solcher. Die Fälle, in welchen die Verpflichtung zur Herausgabe einer Bereicherung durch etwas Anderes, als eben ihre Ungerechtfertigtheit begründet ist, gehören nicht hierher, und daher namentlich nicht die actio negotiorum gestorum contraria und die actio de in rem verso. Vgl. Windscheid krit. VJSchr. I S. 116, und was speciell die actio negotiorum gestorum contraria angeht, unten §. 430 Note 17 a. E.

vermehrung: Erwerb eines Eigenthumsrechtes[4], eines Rechtes an fremder Sache[5], eines Forderungsrechtes[6], Erlangung eines Besitzes[7]; Befreiung von einer Eigenthumsbeschränkung[8] oder von einer Schuld[9]. Nichtverminderung des Vermögens: Nichtbeschwertwerden mit einer Eigenthumsbeschränkung[10] oder mit einer Schuld[11] oder mit einer Leistung[12], Ersparung einer Ausgabe[13], Erhaltung

---

[3] Vgl. Voigt §. 47—51.

[4] Für diesen gewöhnlichsten Fall ist es nicht nothwendig, hier Beweisstellen anzugeben. — Liegt eine Bereicherung auch darin, daß der Werth einer bereits im Eigenthum befindlichen Sache gesteigert wird? Nur unter einer von folgenden beiden Voraussetzungen: a) die Werthsteigerung hat auch eine Ertragssteigerung zur Folge, dann besteht die Bereicherung in dem Mehrertrag; b) die Sache ist dem Eigenthümer feil, dann besteht die Bereicherung in dem Mehr des gelösten Kaufpreises. Vgl. l. 38 i. f. l. 29 D. de R. V. 6. 1, l. 10 D. de impens. 25. 1. Seuff. Arch. IX. 287.

[5] L. 12 D. de cond. ind. 12. 6.

[6] S. z. B. l. 1 pr. — §. 2 l. 3 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 7 C. de non num. pec. 4. 30. — Schmid Grundlehren der Cession II S. 189 fg. 439 ist der Meinung, die Ungerechtfertigtheit der durch Cession eines Forderungsrechtes verschafften Bereicherung begründe nicht die Verpflichtung zur Zurückgabe, da der Cedent in diesem Falle ohne Weiteres gegen den Schuldner auftreten könne. Ich glaube nicht, daß dieser Satz durch die dafür angeführten Stellen, l. 4 C. de her. vel. act. vend. 4. 39 und l. 28 §. 3 D. de ann. 33. 1, bewiesen wird.

[7] L. 4 §. 2 D. de R. C. 12. 1, l. 15 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 31 §. 1 i. f. D. dep. 16. 3, l. 46 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 25 §. 1 D. de furt. 47. 2. Vgl. l. 9 pr. l. 21 §. 2 D. quod met. c. 4. 2, und I §. 161 Note 2. Zur Zeit des Proculus war die condictio possessionis noch nicht anerkannt. Vgl. l. 67 D. de I D. 23. 3. Seuff. Arch. III. 177, IV. 122.

[8] L. 5 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1.

[9] S. z. B. l. 4. 10 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 24 D. de m. c. don. 39. 6.

[10] L. 22 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 8 pr. D. de A. E. V. 19. 1.

[11] L. 5 §. 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5, l. 7 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 3 §. 10 D. si cui plus 35. 3, l. 39 D. de cond. ind. 12. 6.

[12] L. 40 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 58—60 D. de leg. I° 30, l. 5 §. 2 D. de impens. 25. 1.

[13] Z. B. Jemand erspart durch Gebrauch fremder Sachen oder fremder Arbeitskräfte Miethgeld (l. 65 §. 7 l. 26 §. 12 D. de cond. ind. 12. 6); Jemand gibt fremdes Geld aus, und deßwegen nicht sein eigenes (s. z. B. l. 29 D. de cond. ind. 12. 6, vgl. l. 50 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1); oder

einer Sache[14]. — Entsteht aus der Bereicherung für den Bereicherten zugleich ein Nachtheil, so ist wirkliche Bereicherung nur der Ueberschuß[15].

2. Bereicherung aus fremdem Vermögen. Die Bereicherung ist eine Bereicherung aus fremdem Vermögen nicht bloß dann, wenn durch ihren Inhalt die Verminderung des fremden Vermögens von selbst gegeben ist[16], sondern auch dann, wenn sie durch Mittel des fremden Vermögens, durch Gebrauch, Verbrauch, Hingabe, Belastung, Nichtvermehrung des fremden Vermögens, bewirkt worden ist[17].

3. Die Thatsache, auf welcher die Bereicherung beruht, kann Rechtsgeschäft sein, oder irgend eine andere[18]. Das Rechts-

---

der Eigenthümer selbst gibt das Seinige hin, damit wir nicht nöthig haben, das Unsrige hinzugeben. — Durch das Ausgeben fremden Geldes wird übrigens eine eigene Ausgabe nur dann erspart, wenn das Geld, was freilich der gewöhnliche Fall sein wird, in einer Weise ausgegeben worden ist, daß es dadurch für den Eigenthümer unauffindbar geworden ist; denn sonst wird es von dem Eigenthümer vindicirt, und der Empfänger greift auf den Ausgebenden zurück. — In Betreff des oben zuerst genannten Falles geht von einer engeren, die Rückforderung ausschließenden Auffassung aus l. 25 D. de praescr. verb. 19. 5; dieselbe hält mit Unrecht für den Ausdruck des eigentlichen Gedankens des römischen Rechts Voigt S. 327. 332. 405. Das consumere alienam pecuniam der Quellen versteht Voigt lediglich von Eigenthumserwerb durch Vermischung (S. 390. 746).

[14] Vgl. l. 31 §. 10 D. de don. i. v. e. u. 29. 1 (§. 365 Note 14).

[15] Wer z. B. fremdes Geld zum Darlehn erhalten hat oder mit fremdem Gelde bezahlt worden ist, wird durch den Verbrauch des Geldes nur dann reicher, wenn er es unredlicher Weise verbraucht hat; denn durch redlichen Verbrauch wird er Schuldner und verliert er ein Forderungsrecht auf den gleichen Betrag (§. 370 Note 8, §. 342 Note 8). Vgl. §. 422 Note 2 und 4 a. E.

[16] Der gewöhnliche Fall: Jemand wird Eigenthümer einer fremden Sache, Gläubiger eines Andern, wird von der Forderung eines Andern befreit 2c.

[17] Jemand erspart sich durch Gebrauch oder Verbrauch fremden Vermögens eine eigene Ausgabe (Note 13). Jemand verkauft eine fremde Sache; er ist um den Kaufpreis bereichert, sobald das Vindicationsrecht des Eigenthümers ausgeschlossen ist (l. 23 D. de R. C. 12. 1, l. 49 D. de neg. gest. 3. 5). Meine Schuld bezahlt ein Anderer mit seinem Gelde. Eine Verpflichtung, welche ich übernehmen müßte, übernimmt ein Anderer. Jemand weist denjenigen, welcher ihm eine Leistung machen will, an, die Leistung mir zu machen.

[18] Es kommt nur darauf an, daß es kraft der Natur der Thatsache möglich

geschäft braucht nicht nothwendig ein Rechtsgeschäft zwischen dem Bereicherten und dem Benachtheiligten zu sein[19]. — Der Fall, wo die Bereicherung auf einer Erbeseinsetzung oder einem Vermächtniß beruht, wird aus Zweckmäßigkeitsgründen hier ausgeschieden und der Betrachtung im Zusammenhange des Erbrechts vorbehalten.

b. Ungerechtfertigte Bereicherung.

§. 422.

Wann ist eine Bereicherung aus fremdem Vermögen eine ungerechtfertigte Bereicherung[1]? Man wird darauf verzichten müssen, auf diese Frage mit einer allgemeinen Formel zu antworten; es sind vielmehr die einzelnen Fälle in's Auge zu fassen.

1. Die Bereicherung ist mit dem Willen des Benachtheiligten eingetreten. Für diesen Fall ist davon auszugehen, daß die

---

sei, daß sie einerseits eine Bereicherung wirklich begründe, und andererseits diese Bereicherung dennoch eine ungerechtfertigte sei. — Der Unterschied, mit welchem Voigt (§. 55. 56) sich große Mühe macht, zwischen „pecuniär differenten" und „pecuniär indifferenten" Rechtserwerbthatsachen (jenachdem zum Begriff der Erwerbthatsache die Kategorie der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit gehöre oder nicht gehöre), würde für unsere Lehre selbst dann werthlos sein, wenn es wahr wäre, was Voigt behauptet, daß die römische condictio nur bei pecuniär indifferenten Erwerbthatsachen Platz gegriffen habe: denn jedenfalls leugnet Voigt nicht, daß auch die differenten dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung unterstellt worden seien; nur sei dieser Gesichtspunkt in der Formel in anderer Weise gewahrt worden (§. 86). Was aber den Ausschluß der condictio angeht, so hat schon Witte Rec. S. 14 auf die condictio iniustae donationis verwiesen, und es ist willkührlich, in l. 5 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1 die condictio incerti nicht auch auf den zuvor erwähnten Kaufvertrag zu beziehen.

[19] Der Geber leistet in der Person des Empfängers einem Andern; dem Empfänger leistet durch die Person des Gebers ein Anderer. Vgl. l. 9 §. 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 8 §. 2 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 78 §. 5 D. de I. D. 23. 3, l. 5 §. 5 l. 17 pr. D. de doli exc. 44. 4, l. 12. 13 D. de nov. 46. 2, l. 2 C. de cond. ind. 4. 5; l. 8 §. 3 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 21 §. 1 D. de don. 29. 5; l. 18 §. 1 l. 31 §. 3 D. de m. c. don. 39. 6. Vgl. §. 412 Nr. 1[a]. Ein anderer hierher gehöriger Fall ist der in Note 17 bezeichnete: Jemand verkauft eine fremde Sache.

§. 422. [1] Die ungerechtfertigte Bereicherung wird in den Quellen im Allgemeinen als eine Bereicherung sine causa bezeichnet. L. 66 D. de cond. ind. 12. 6.

Bereicherung eine gerechtfertigte ist; sie kann jedoch auch in diesem Fall eine ungerechtfertigte sein. Davon näher im folgenden §.

2. Die Bereicherung ist nicht mit dem Willen des Benachtheiligten eingetreten. Dann kann sie:

a) auf einer Rechtsveränderung beruhen, durch deren Inhalt die Benachtheiligung des Andern von selbst gegeben ist[1a]. In diesem Fall ist sie, eben weil die bereichernde Rechtsveränderung die Benachtheiligung dieses Andern von selbst enthält, und eine Rechtsveränderung nicht ohne den Willen des Rechts eintritt, eine gerechtfertigte; es wäre denn, daß die Rechtsregel, nach welcher sie eingetreten ist, nur den formalen Gesichtspunkt in's Auge faßt, so daß durch dieselbe eben auch nur die Rechts-, nicht aber die Vermögensveränderung gerechtfertigt wird[2].

„Haec condictio . . . quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit". L. 10 D. de cond. c. d. c. n s. 12. 4: — „nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem pervenerit". L. 3 D. de cond. sine causa 12. 7. „Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt, ut liberentur". L. 15 pr. D. de fidei. 46. 1. „Si stipulatus esses a me sine causa . . .". Vgl. noch l. 2. 3. 4. 5 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 34 D. de cond. ind. 12. 6, l. 11 §. 6 l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1, l. 50 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 §. 5 D. de coll. 37. 6, l. 2 §. 3 D. de doli exc. 44. 4, l. 5 C. de spons. 5. 1. S. aber auch §. 423 Note 8. Daneben tritt die Bezeichnung auf, daß die ungerechtfertigte Bereicherung non ex iusta causa sei. L. 1 §. 3 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 25 D. de act. rer. am. 25. 2 (§. 421 Note 1).

[1a] Vgl. §. 421 Note 16.

[2] Beispiele: Eigenthumserwerb durch Verarbeitung, Gai. II. 79 (I §. 187 Note 6), vgl. l. 29 §. 1 l. 30 D. de don. i. v. e. u. 24. 1; Eigenthumserwerb durch Verbindung, §. 26 I. de R. D. 2. 1 und die anderen I §. 190 Note 4 genannten Stellen (jedoch gilt für die Verbindung die in Note 7 bezeichnete Beschränkung). — Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 348 meint, in diesen Fällen sei Bereicherung nur, was der Verarbeiter nach Abzug der von ihm seinerseits für die Sache gemachten Aufopferung habe. Ich halte das nicht für begründet. Vor der Verarbeitung war der Besitzer in der Lage, die Sache dem Eigenthümer herausgeben zu müssen, ohne Ersatz für die von ihm gemachte Aufopferung verlangen zu können; jetzt kann ihm die Sache nicht mehr genommen werden; folglich ist er durch die Verarbeitung um die Sache reicher geworden. Gemindert wird die Bereicherung nur durch eine mit ihr selbst verbundene Aufopferung (§. 421 Note 15).

b) Besteht die Bereicherung in der Erlangung fremden Besitzes, so ist sie eine ungerechtfertigte, wenn nicht durch eine besondere Thatsache ein Recht auf die Besitzergreifung begründet ist[3]. Ebenso, wenn die Bereicherung durch Gebrauch, Verbrauch, Hingabe fremden Vermögens hervorgebracht ist, ist dieselbe eine ungerechtfertigte, wenn nicht aus einer besonderen Thatsache das Recht, sich in dieser Weise zu bereichern, hergeleitet werden kann[4].

---

[3] Daher l. 4 §. 2 D. de R. C. 12. 1. „Ea quae vi fluminum importata sunt condici possunt". Von besonderer Wichtigkeit ist der Fall, wo in der Besitzergreifung ein Delict liegt, s. Note 5. S. noch Buchka und Budde Entscheidungen V S. 279—282 (= Seuff. Arch. XIX. 152). Vgl. auch Seuff. Arch. XIX. 153.

[4] Hierher gehören folgende Quellenentscheidungen. a) L. 18 §. 1 de R. C. 12. 1, l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1: Jemand verbraucht fremdes Geld ohne den Willen des Eigenthümers in gutem Glauben. Abweichend, wie es scheint, l. 67 i. f. D. de I. D. 23. 3 (vgl. unten). b) L. 23 D. de R. C. 12. 1, l. 49 D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 C. de reb. al. 4. 51, l. 1 C. de comm. rer. al. 4. 52: Jemand verkauft in gutem Glauben eine fremde Sache, welche dann untergeht, oder vom Käufer ersessen wird. Unter denselben Gesichtspunkt gehört c) l. 12 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5: Jemand verpfändet eine fremde Sache, durch deren Verkauf dann der Pfandgläubiger sich bezahlt macht. Er verkauft nicht selbst, aber er verschafft sich dadurch, daß er einem Andern die Verkaufsmöglichkeit gewährt, eine Bereicherung: Befreiung von einer Schuld. d) In l. 12 §. 1 cit. wird nicht bloß dem Eigenthümer der verkauften Pfandsache ein Rückforderungsrecht zugesprochen („si necdum pignus evictum est"), sondern auch dem Käufer nach der Eviction, vorausgesetzt daß dieselbe für ihn einen Rückgriff gegen den verkaufenden Pfandgläubiger nicht bewirkt hat. Der Käufer bezahlt mit seinem Gelde die Schuld des Verpfänders, ohne daß er irgendwie den Willen hätte, denselben zu bereichern. Die gleiche Entscheidung findet sich für den Fall des richterlichen Verkaufs in Folge der Pfändung in l. 74 §. 1 D. de evict. 21. 2 (I. §. 233 Note 4). Zu c und d vgl. noch Dernburg Pfandr. II S. 195 fg. 253. e) L. 19 D. de don. i. v. e. u. 24. 1: ein Sclave kauft (und erwirbt dadurch seinem Herrn) mit fremdem Geld; l. 39 D. de stip. serv. 45. 3: ein servus fructuarius oder bona fide possessus stipulirt ex operis suis oder ex re fructuarii bez. bonae fidei possessoris, stellt aber die Stipulation ausdrücklich auf den Kopf des Eigenthümers. f) L. 49 D. de neg. gest. 3. 5: Jemand tilgt eine fremde Schuld aus eigenem Vermögen, indem er sich selbst für den Schuldner hält. Ebenso l. 14 § 11 l. 32 pr. D. de relig. 11. 7, l. 50 §. 1 D. de H. P. 5. 3 (§. 431 Note 18). g) Jemand macht eine Auslage zum Besten eines Andern auf Grund eines von einem Dritten ertheilten Auftrages, welcher Auftrag sich dann als für den Dritten unverbindlich ausweist,

Namentlich ist die Bereicherung dann eine ungerechtfertigte, wenn in den bezeichneten Handlungen ein Delict liegt[5]; es ist aber nicht nothwendig, daß in denselben ein Delict liege, damit die Bereicherung eine ungerechtfertigte sei[5a]. Es ist ferner nicht noth-

---

l. 14 §. 15 D. de relig. 11. 7 (§. 431 Note 5. 6). h) Auch l. 30 D. de neg. gest. 3. 5: ein Solidarschuldner zahlt eine Schuld, welche materiell nicht ihn, sondern den Mitschuldner angeht —, läßt sich insofern hierher stellen, als auch in diesem Falle der Wille des Aufopfernden wenigstens zunächst nicht auf die Bereicherung des Mitschuldners, sondern auf seine eigene Befreiung gerichtet ist (vgl. §. 431 Note 12). Ob dagegen i) auch l. 24 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1 hierher zu ziehen ist, bleibt nach l. 3 §. 1 D. de R. C. 12. 1 und l. 22 §. 9 D. mand. 17. 1 zweifelhaft. — Faßt man die hier aufgezählten Stellen zusammen, so wird man nicht in Abrede stellen dürfen, daß in denselben der Ausdruck eines weit reichenden Principes enthalten ist, welches nicht anders formulirt werden kann, als im Texte geschehen ist. Nichtsdestoweniger ist dieß nicht allgemein anerkannt, und namentlich (vgl. auch §. 431 Note 18 [unten Note 6 a. E.]) hat man in der neueren Zeit mehrfach den Versuch gemacht (Wächter Erörterungen II S. 100, Ihering Abhandlungen S. 78 fg., Witte Bereicherungsklagen S. 295 fg. 310 fg. 325 fg., Vangerow III §. 628 Anm. a. E.), den Satz, daß der von dem gutgläubigen Besitzer einer Sache durch den Gebrauch oder Umsatz derselben gezogene Gewinn dem Eigenthümer herausgegeben werden müsse, auf den Fall zu beschränken, wo der gutgläubige Besitzer keinen Titel für sich habe (titulo putativo besitze) — mit Berufung darauf, daß der genannte Satz gegen das Princip, aus Billigkeitsgründen, anerkannt sei, und daß daher die Quellenstellen, welche ihn aussprechen, möglichst einengend auszulegen seien. Nach meiner Meinung ist dieser Satz, wie gesagt, lediglich eine Consequenz des Principes: überdieß sprechen l. 12 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5, l. 1 C. de reb. alien. 4. 51, l. 1 C. de comm. rer. al. 4. 52 von einem Besitzer schlechthin, nicht von einem ohne Titel Besitzenden. Auch auf l. 67 D. de I. D. 23. 3 (s. oben bei a) darf sich die hier verworfene Meinung nicht berufen; denn in dieser Stelle wird das Rückforderungsrecht gerade gegenüber einem nicht titulirten Besitzer abgesprochen. Vgl. Windscheid krit. VJSchr. I S. 116—118. — Darf der Verzehrende oder Veräußernde nicht wenigstens in Abzug bringen, was er für die veräußerte oder verzehrte Sache seinerseits aufgeopfert hat? Ich glaube nicht. S. Note 2, und vgl. Seuff. Arch XIV. 238, und über die verschiedenen Meinungen Witte Bereicherungsklagen S. 310. 311 und die daselbst Citirten. — S. noch Seuff. Arch. II. 57.

[5] In diesem Fall ist die Bereicherung nicht bloß sine causa oder non ex iusta causa, sondern geradezu ex iniusta causa. L. 6 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 65 §. 5 D. de act. rer. amot. 25. 2. Dig. 12. 5 de condictione ob turpem vel iniustam causam, Cod. 4. 9 de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa. Von besonderer Wichtigkeit ist hier das

wendig, daß die bezeichneten Handlungen von dem Bereicherten selbst vorgenommen worden seien[6]; nur ist, wenn eine Verwendung auf eine fremde Sache von Jemandem vorgenommen wird, welcher sich selbst für den Eigenthümer hält, der Anspruch desselben auf Erstattung der Bereicherung nicht durch Klage, sondern nur durch Rententionseinrede geschützt[7].

§. 423.

Die auf dem Willen des Benachtheiligten beruhende Bereicherung (§. 422 Nr. 1) ist ungerechtfertigt:

1) wenn das Recht diesem Willen seine Anerkennung ver-

Delict des furtum (Bereicherung ex furtiva causa). Dig. 13. 1 Cod. 4. 8 de condictione furtiva; §. 26. 34. 35 I. de R. D. 2. 1, l. 4 §. 1 D. de R. C. 12. 1, l. 22 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 67 §. 5 D. de furt. 47. 2, l. 25 §. 1 eod. S. ferner l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 §. 1 D. de furt. 47. 2; l. 55 D. de cond. ind. 12. 6.

[5a] S. Note 3 und 4.

[6] Jemand kann aus fremdem Vermögen auch dadurch bereichert werden, daß der Eigenthümer selbst etwas zu seinem Besten verwendet, oder ein Dritter. Nur wird, wenn die Verwendung durch den Eigenthümer selbst erfolgt, regelmäßig auch dessen Wille auf die Bereicherung des Anderen gerichtet gewesen sein, so daß der Fall nicht hierher gehört. Der Hauptfall, in welchem diese Willensrichtung nicht vorhanden ist, ist der, wo der verwendende Eigenthümer nicht einen Andern, sondern sich selbst zu bereichern glaubt (s. die Stellen in Note 4 bei f; freilich ist es sehr bestritten, in welchem Umfange gerade in diesem Falle ein Rückforderungsrecht begründet ist (s. §. 431 Note 18). S. ferner Note 4 bei d. g. h. Bereicherung durch die Verwendung eines Dritten: daselbst bei e, auch l. 74 §. 1 D. de evict. 21. 1 (daselbst bei d a. E.)

[7] L. 33 D. de cond. ind. 12. 6, l. 14 D. de doli exc. 44. 4, l. 14 §. 1 l. 29 pr. D. comm. div. 10. 3 (vgl. I §. 190. 195). Man bemerke übrigens, daß sich aus Verwendungen auf fremde Sachen nicht nothwendigerweise eine Bereicherung des Eigenthümers ergibt (§. 421 Note 4), und insoweit der bezeichnete Satz keine Abweichung von der Regel enthält. Aber in l. 33 cit. ist auch von insulam fulcire die Rede, und dadurch wird dem Eigenthümer eine wirkliche Bereicherung zugeführt, weil ihm dadurch eine Ausgabe erspart wird. In den beiden zuletzt genannten Stellen sodann ist von impendere ohne weitere Unterscheidung die Rede, und wenn auch diese Stellen unmittelbar nur die actio communi dividundo ausschließen, so fügt doch jedenfalls die erste ausdrücklich hinzu: „Hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo“. In Betreff der l. 14 §. 1 cit. vgl. noch §. 449 Note 10. Vgl. Kämmerer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 148 fg., Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 353—354.

sagt[1]. Dabei ist jedoch zu bemerken, daß, wenn das Recht in der Nichtanerkennung des Bereicherungswillens so weit geht, daß es die abgegebene Willenserklärung für nichtig erklärt, durch dieselbe auch eine Bereicherung nur insofern hervorgebracht werden kann, als eine solche schon in der bloßen Bewirkung einer Thatsache liegt[1a], oder der Empfänger das Empfangene hinterher in seinen Nutzen verwendet. Im Uebrigen kommt es auf den Grund, aus welchem das Recht der Willenserklärung seine Anerkennung versagt, nicht an, und namentlich darauf nicht, ob das Recht sich dabei durch das Interesse des Benachtheiligten bestimmen läßt[2], oder durch ein Interesse der öffentlichen Ordnung[3]. Unter die letztere Kategorie gehört namentlich der Fall, wo in dem Nehmen des Hingegebenen ein Delict liegt[4], oder ein Verstoß gegen die Sittlichkeit[5].

2. An den zuvor betrachteten Fall schließt sich der Fall an,

---

[1] Voigt §. 66. 68. 69. Auch in diesem Falle (vgl. §. 422 Note 5) §. 423. kann man sagen, daß die Bereicherung ex iniusta causa sei. Vgl. l. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1: — „quia, quod ex non concessa causa retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intelligitur".

[1a] Z. B. in der Verschaffung des Besitzes. Vgl. l. 46 l. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Seuff. Arch. III. 177, XVIII. 113. Vgl. I §. 82 Note 6 a. E.

[2] Handlungsunfähigkeit: l. 29 l. 41 D. de cond. ind. 12. 6, l. 12 D. de R. C. 12. 1, l. 24 pr. D. de O. et A. 44. 7. Seuff. III 177 2. Fall. Unverbindliche Schenkung: l. 5 §. 6. 7. 18 l. 6 l. 29 §. 1 l. 30 l. 46 l. 55 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. un. §. 5 C. de rei ux. act. 5. 13; l. 21 §. 1 D. de don. 39. 5, l. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4.

[3] Verbotene Zinsen: l. 26 pr. §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, Paul. S. R. II. 14 §. 2. Seuff. Arch. IX. 297. Spielverlust: l. 4 §. 1. 2 D. de aleat. 11. 5, l. 3 C. eod. 3. 43. Uebermäßiges Advokatenhonorar: l. 1 §. 10 D. de extraord. cogn. 50. 13. — S. noch l. 18 pr. D. de R. C. 12. 1.

[4] Namentlich furtum. L. 18 D. de cond. furt. 13. 1, l. 38 §. 1 D. de solut. 46. 3 (vgl. l. 18 eod., I. §. 172 Note 16), l. 43 pr. l. 80 §. 5. 6. 7 D. de furt. 47. 2, l. 14 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. S. ferner l. 7 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5 (vgl. l. 2 C. de his quae vi 2. 30).

[5] Die Bereicherung ist dann ex turpi causa. Dig. 12. 5 de condictione ob turpem vel iniustam causam, Cod. 4. 7 de condictione ob turpem causam. L. 1 §. 2 l. 2 pr. §. 1 l. 4 §. 2. 4 l. 9 D. h. t., l. 4. 6. 7 C. h. t., l. 3 §. 3 l. 5 §. 1 l. 7 pr. D. de calumn. 3. 6. Voigt S. 567—570 und §. 73, Vangerow §. 627. Vgl. §. 428 Note 9.

wo das Recht dem Urheber der Willenserklärung die Befugniß gibt, von der Willenserklärung zurückzutreten, und dieser von der ihm gewährten Befugniß Gebrauch macht[6].

3. Endlich ist die auf dem Willen des Benachtheiligten beruhende Bereicherung auch dann eine ungerechtfertigte, wenn der Wille sich selbst eine Schranke gesetzt hat, und diese in einem gegebenen Fall Platz greift, ohne die Bereicherung ohne Weiteres wieder aufzuheben. Im Einzelnen gehören hierher auflösende Bedingung und Befristung[7], vor Allem aber die Voraussetzung. In Beziehung auf letztere ist hier aus dem, was über dieselbe I §. 97—100 vorgetragen worden ist, an Folgendes zu erinnern.

a) Wer einen Willen unter einer Voraussetzung erklärt, macht zwar nicht die Existenz der gewollten rechtlichen Wirkung von der Wirklichkeit des Vorausgesetzten abhängig; aber dennoch ist es wahr, daß bei Nichtwirklichkeit des Vorausgesetzten das Bestehen der gewollten rechtlichen Wirkung seinem eigentlichen Willen nicht entspricht. Dieser Zwiespalt zwischen dem wirklichen und dem eigentlichen Willen wird eben dadurch ausgeglichen, daß dem Bereicherten die Verpflichtung auferlegt wird, dasjenige, was er hat und fortfährt zu haben, zurückzugeben[8].

---

[6] L. 30 D. de m. c. don. 39. 6, l. 10 C. de revoc. don. 8. 56 (§. 367 Note 15), l. 8 C. eod. S. ferner §. 428 Note 7 a. E. und Note 11.

[7] L. 5 §. 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5. Vgl. I §. 90 Note 1. §. 96 Note 6.

[8] Die Voraussetzung hat, wie bereits oben (I §. 97 Note 2) bemerkt worden ist, in der römischen Rechtssprache keine feste technische Bezeichnung; aber eine von den mehreren Bezeichnungen, welche sich für dieselbe in den Quellen finden, ist causa (Windscheid S. 50—52). Die Voraussetzung wird causa in einem doppelten Sinne genannt, und zwar spielen beide Sinne vielfach in einander über: einmal, weil in ihr der Bestimmungsgrund der Willenserklärung liegt, nur nicht ein bloßer Beweggrund (welcher ebenfalls als causa bezeichnet wird, Windscheid S. 48—50), sondern eben ein zur Willensbeschränkung erhobener Bestimmungsgrund: sodann deßwegen, weil das Vorausgesetzte nicht ermangeln darf, ohne daß die durch die Willenserklärung hervorgerufene Bereicherung, und insofern die Willenserklärung selbst, eine ungerechtfertigte ist, so daß umgekehrt in der Existenz des Vorausgesetzten der Rechtfertigungsgrund der durch die Willenserklärung hervorgerufenen Bereicherung und der Willenserklärung selbst liegt. Vgl. die bei Windscheid S. 50—55 citirten Stellen. — Gegen den Begriff der „Voraussetzung" hat sich nun auch (vgl. I §. 97 Note 1) Voigt S. 515—523 erklärt, ohne etwas Neues oder zur

b) Die Voraussetzung kann zum Inhalt ein Vergangenes, Gegenwärtiges[9], oder Zukünftiges haben. Unter den Fällen, in welchen sie auf ein Gegenwärtiges gerichtet ist, ist von besonderer Wichtigkeit der Fall, wo sie zum Inhalt das Bestehen einer Schuld hat[10]. Von diesem Fall ist unten näher zu handeln (§. 426). Ebenso ist näher zu handeln von dem Fall, wo die Voraussetzung auf ein Zukünftiges gerichtet ist (§. 427)[11].

c) Die Voraussetzung kann nicht nur dadurch ermangeln, daß das Vorausgesetzte nicht wirklich ist oder wird, sondern auch dadurch, daß es aufhört, wirklich zu sein[12].[13]

Sache Dienendes vorzubringen. Denn wenn er behauptet, für diese Kategorie sei nicht das mindeste Bedürfniß vorhanden, und sie sei völlig werthlos, so ist das eben eine Behauptung; wenn er sich darauf beruft, daß nicht Alles, was man im Leben Voraussetzung nenne, eine Selbstbeschränkung des Willens enthalte, so folgt daraus nicht, daß wir nicht die Befugniß haben, für die technisch-juristische Sprache diesen Ausdruck zur Bezeichnung derjenigen Voraussetzungen zu verwerthen, durch welche dem Willen eine Schranke wirklich gezogen wird; wenn Voigt endlich geltend macht, daß die Voraussetzung sehr oft nicht erkannt werden könne, so habe ich nie behauptet, daß einer Voraussetzung, welche nicht in erkennbarer Weise aufgetreten ist, rechtliche Bedeutung beigelegt werden dürfe. Ueber Voigt's eigene Ansicht, so wie über andere abweichende Ansichten, s. Note 13.

[9] Ist sie auf ein Vergangenes oder Gegenwärtiges gerichtet, so muß sich der Urheber der Willenserklärung nothwendigerweise in einem Irrthum befunden haben; er kann nicht sagen, daß er unter der Voraussetzung der Existenz Desjenigen seinen Willen erklärt habe, dessen Nichtexistenz er kannte. Daher ist seine Leistung hier eine Leistung ex falsa causa. L. 13 §. 1 D. de H. P. 5. 3, l. 23 pr. §. 4 l. 52 D. de cond. ind. 12. 6, l. 26 §. 10 eod.

[10] In diesem Falle ist begründet die condictio indebiti oder indebite dati. Dig. 12. 6 Cod. 4. 5 de condictione indebiti. S. noch §. 414, und die Fälle bei Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 108—115 (a. M. Dernburg Pfandr. II S. 368—369. 527—529).

[11] In diesem Falle ist begründet die condictio ob causam datorum (Cod. 4. 6) oder causa data causa non secuta (Dig. 12. 4). Ueber den letzteren Ausdruck s. Windscheid S. 52, Erxleben II S. 4 Note 9, Pagenstecher Heid. krit. Zeitschr. II S. 60 fg., Witte S. 63 Note 14, Voigt S. 490, und die von diesen Schriftstellern Citirten. Die futura causa wird in unseren Quellen auch als res bezeichnet. L. 52 l. 65 pr. §. 2. 4 D. de cond. ind. 12. 6, l. 1 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5. In den beiden ersten Stellen wird der res die causa im Sinne von bloßem Beweggrund (Bestimmungsgrund, welcher nicht zur Voraussetzung erhoben ist) entgegengesetzt.

2. Verpflichtung.

§. 424.

1. Die aus der ungerechtfertigten Bereicherung entstehende Verpflichtung geht einfach auf Herausgabe der Bereicherung; für die Freiheit des richterlichen Ermessens ist hier kein Bedürfniß

---

[12] In diesem Falle ist die Willenserklärung deßwegen sine causa, weil ihre causa finita ist. L. 1 §. 2 D. de cond. sine causa 12. 7. „Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est vel secuta non est, dicendum est, condictioni locum fore“. Beispiele in l. 2 D. eod., l. 4 §. 1 D. de R. C. 12. 1, l. 11 §. 6 D. de A. E. V. 19. 1, l. 50 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 11 D. de app. 49. 1, l. ult. C. de solut. 8. 43. Hierher gehört auch der Fall der Verurtheilung im Executivproceß, wenn der Verurtheilte eine Nachklage auf Grund illiquider Einreden erhebt. Seuff. Arch. X. 108, XIV. 187. Vgl. XVII. 52.

[13] Ueber den Grund, auf welchem die condictio ob falsam causam (Note 9. 10), ob causam non secutam (Note 11) und ob causam finitam (Note 12) beruhen, herrscht keine Uebereinstimmung der Meinungen (vgl. Windscheid S. 208 fg.). Früher war es sehr gewöhnlich, diese Condictionen auf einen fingirten oder präsumirten Vertrag zurückzuführen, s. darüber und dagegen Erxleben I S. 17 fg. II S. 19. 80. 81. Donellus fand den Grund derselben in einem stillschweigenden Vertrag (Erxleben I S. 14 fg., II S. 55 fg.), an dessen Stelle neuerdings Jacobi (in dem §. 421 Note 1 bezeichneten Aufsatz S. 280 fg.) eine stillschweigende einseitige Willenserklärung des Empfängers gesetzt hat; s. gegen den Letzteren H. Witte an dem daselbst bezeichneten Ort S. 116 fg. Savigny (Syst. III Beil. VIII Nr. XI Note d. V Beil. XIV Nr. VII) sieht als das in den genannten Condictionen Wirksame den Irrthum im Beweggrunde an, welcher in diesem Falle ausnahmsweise zur rechtlichen Anerkennung gelange. Die hier vertretene Ansicht, daß diese Condictionen auf einer Selbstbeschränkung des Willens beruhen, wird auch von Erxleben und Witte getheilt, obgleich sich diese Schriftsteller gegen die Ausprägung, welche ich der bezeichneten Auffassung in der Lehre von der „Voraussetzung“ gegeben habe, ablehnend verhalten. Dagegen wird jene Auffassung auf das Lebhafteste bestritten von Voigt (Note 8). Die eigene Lehre des letzteren Schriftstellers geht dahin (s. namentlich §. 21. 23. 26. 27. 31. 59. 60. 62. 63. 64. 70), daß durch die bezeichneten Condictionen geltend gemacht werde der Mangel des „secundären Rechtsgrundes“, welcher, hinter der Willenserklärung als dem „primären Rechtsgrunde“ stehend, die Rechtfertigung für die durch den primären Rechtsgrund hervorgerufene Bereicherung enthalte. Da nun aber Voigt selbst mit der größten Bestimmtheit lehrt, daß die Willenserklärung eines solchen weiteren, ihre Wirkung

und kein Spielraum[1]. Bereicherung ist aber nicht bloß die ursprüngliche Vermögensvermehrung, sondern auch das auf Grund derselben später Erworbene[2]. Hinterheriger Wegfall der Bereicherung schließt die Verpflichtung aus, wenn der Wegfall ohne

---

rechtfertigenden, Rechtsgrundes nicht bedürfe, so begreift sich zwar, warum die Bereicherung als eine ungerechtfertigte erscheinen kann, wenn der in einem gegebenen Falle wirklich vorhandene secundäre Rechtsgrund hinterher weggefallen ist, nicht aber, warum sie eine ungerechtfertigte sein soll, wenn ihr ein secundärer Rechtsgrund als ein gegenwärtig oder zukünftig existenter fälschlicherweise untergelegt worden ist. Es wird also doch wohl dasjenige, was sie zu einer ungerechtfertigten wirklich macht, nicht die Nichtexistenz des secundären Rechtsgrundes, sondern die Verbindung sein, in welche sich der Wille selbst zu diesem fälschlicherweise als existent gedachten Rechtsgrund gesetzt hat. Die Nothwendigkeit dieses Schlusses verdeckt sich Voigt dadurch, daß er die falsa causa und die causa non secuta nicht als nicht existent, sondern nur als „vitiös" bezeichnet; ihre Existenz sei eine bloß ideelle, und das sei eben ihr „vitium"! Hierzu kommt, daß nach der Behauptung Voigt's der „secundäre Rechtsgrund" immer eine Obligation sein soll. Die secundäre causa z. B. des Gebens einer arrha liegt nach Voigt in dem pactum arrhale, die secundäre causa des Gebens um einer Gegenleistung willen in dem durch die Gegenleistung sich vollendenden Contract; die arrha wird nach Erfüllung des Vertrages zurückgefordert, weil damit das pactum arrhale aufgehört hat, die Vorleistung bei ausbleibender Gegenleistung, weil nun jener Vertrag nicht zur Vollendung gediehen ist! Arndts (S. 540) hat sich sehr milde ausgedrückt, wenn er sagt, daß die Resultate Voigt's „nicht als befriedigend gerühmt werden" können.

[1] Der römische Ausdruck für dieses Verhältniß ist, daß die actio auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung eine actio stricti iudicii, d. h. eine condictio sei Damit steht nicht in Widerspruch, daß sie auf die natürliche Billigkeit zurückgeführt wird (l. 65 §. 4 l. 66 D. de cond. ind. 12. 6); sie ist eben nicht stricti iuris, sondern stricti iudicii. Vgl. I §. 46 Note 4, und über die verschiedenen Ansichten in Betreff der Condictionen im Allgemeinen und deren Verhältniß zu den hier in Frage stehenden Condictionen im Besonderen Savigny V Beil. XIV, Voigt §. 42, Keller Civilproc. §. 87. 88, Rudorff röm. RGesch. II §. 40, Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II S. 262—275. — Ueber die Classificirung der hierher gehörigen Condictionen in der klassischen Jurisprudenz und in der Justinianischen Compilation s. Voigt §. 44. 45. In der klassischen Jurisprudenz findet sich kein festes und zur allgemeinen Anerkennung gelangtes System; die systematische Anordnung in der Justinianischen Compilation ist nicht durchweg befriedigend. Am mangelhaftesten ist die Kategorie der condictio sine causa behandelt (Dig. 12. 7 de condictione sine causa, Cod. 4. 9 de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa). Das Richtige in Betreff dieser Condiction

Schuld des Bereicherten, nicht aus, wenn der Wegfall mit seiner Schuld eingetreten ist[3]. Daß der Bereicherung auf Seiten des Benachtheiligten ein Verlust gegenübersteht, welcher größer ist, als sie selbst, ist kein Grund der Steigerung der Verpflichtung[4].

---

ist Folgendes. Condictio sine causa ist die allgemeine Bezeichnung für jede Condiction wegen grundlosen Habens; aus dieser allgemeinen Condiction sondern sich einzelne besondere Fälle unter besonderen Namen ab (condictio indebiti, ob causam datorum etc.) Will man diesen besonders benannten Condictionen eine condictio sine causa als Species, eine condictio sine causa im engeren Sinne, entgegensetzen, so darf man unter dieser Bezeichnung nur diejenigen Fälle zusammenfassen, in denen sich für die Condiction eine andere feststehende Bezeichnung nicht ergibt. Diese Fälle aber wieder erhalten ihr wahres Licht nur dann, wenn sie nicht als einzelne aufgezählt, sondern, wie hier geschehen, in ihrem systematischen Zusammenhang aufgewiesen werden. Ueber die verschiedenen Auffassungen, welche die condictio sine causa bei den Neueren gefunden hat, s. die Aufsätze von Reinhardt Arch. f. civ. Pr. XXIX. 7 und von Kiesselbach Jahrb. f. Dogm. V. 1; ferner Voigt §. 80, Vangerow III §. 628 Anm., Unterholzner II §. 317, Sintenis §. 109 Anm. 29. — Der Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung konnte übrigens auch mit einer auf bona fides gestellten formula geltend gemacht werden: denn was ist mehr der bona fides entgegen, als eine ungerechtfertigte Bereicherung nicht herausgeben zu wollen? Vgl. z. B. l. 49 D. de neg. gest. 3. 5 (§. 422 Note 4. b., und s. auch f. g. h. daselbst, §. 430 Note 17 gegen das Ende); l. 9 §. 1 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 5 D. de tutelae 27. 3; l. 2 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 17 §. 3 D. comm. 13. 6; l. 11 §. 6 D. de A. E. V. 19. 1. Unter Umständen trat auch statt der condictio eine utilis rei vindicatio ein (l. 5 §. 3 D. de R. V. 6. 1, l. 9 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1, l. 30 l. 55. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 30 D. de m. c. don. 39. 6, l. 15 C. de don. ante nupt. 5. 3, l. 1 C. de don. quae sub modo 8. 55, vgl. I §. 174 Note 9), oder eine actio in factum (l. 23 §. 5 D. de R. V. 6. 1, l. 18 §. 1 D. de m. c. don. 39. 6, vgl. auch l. 10 D. de praescr. verb. 19. 5 [l. 9 §. 4 D. ad exh. 10. 4]). S. auch l. 12 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5, l. 74 §. 1 D. de evict. 21. 2 (§. 422 Note 4 c. d).

[2] L. 7 §. 1 l. 12 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 15 pr. §. 1 l. 65 §. 8 D. de cond. ind. 12. 6, l. 38 §. 1. 2. 3. D. de usur. 22. 1, l. 13 pr. D. de m. c. don. 39. 6. Seuff. Arch XIII. 256. — Wenn es in der l. 1 C. de cond. ind. 4. 5 heißt, daß mit der condictio indebiti, in der l. 4 C. de cond. ob turp. caus. 4. 7, daß mit der condictio ob turpem causam keine Zinsen gefordert werden können, so erklärt sich das lediglich aus der Formelconception. Vgl. Savigny V S. 141 fg. VI S. 147. Seuff. Arch. I. 59, II. 59, XV. 132; a. M. das. X. 55.

[3] Ohne Schuld: l. 32 pr. l. 65 §. 8 l. 26 §. 12 D. de cond. ind. 12.

2. [5]Verpflichtet ist der Bereicherte; nicht, wenn ihm in der Person eines Andern geleistet worden ist, dieser Andere[6]; es müßte denn in der diesem Andern für ihn gemachten Leistung seinerseits Diesem gegenüber eine Schenkung oder eine

---

6. Mit Schuld: l. 65 §. 8 l. 26 §. 12 (vv. *sine fraude*) D. eod., l. 37 §. 1 l. 39 l. 19 i. f. D. de m. c. don. 39. 6, l. 38 §. 1 D. de usur. 22. 1. — Damit man sagen könne, die Bereicherung sei mit Schuld des Bereicherten weggefallen, ist erforderlich: a) daß derselbe die Existenz seiner Verpflichtung gekannt, oder (bei der condictio ob causam non secutam und ob causam finitam) gewußt habe, daß eine Verpflichtung für ihn künftig existent werden könne (l. 65 §. 8 D. de cond. ind., l. 39 D. de m. c. don.); b) daß der Wegfall durch seinen Willen oder durch seine Nachlässigkeit eingetreten sei (über Letzteres s. l. 38 §. 1 D. de usur. vv. *licuerat ei negligere fundum*). Aber auch wo diese Voraussetzungen vorhanden sind, trifft den Bereicherten c) eine Schuld dann nicht, wenn er nicht anzunehmen brauchte, daß der Benachtheiligte von seinem Forderungsrecht Gebrauch machen werde, wie dieß z. B. zutrifft bei dem beschenkten Ehegatten (l. 7 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1) und bei dem beschenkten Undankbaren (§. 367 Note 18). — Der Satz, daß schuldloser Wegfall der Bereicherung die Verpflichtung ausschließe, ist nicht allgemein anerkannt. Andere lassen durch diesen Wegfall die Verpflichtung nur dann ausgeschlossen werden, wenn er eine Unmöglichkeit der Erfüllung der Verpflichtung begründe, also nur in dem Falle, wo die Verpflichtung auf Leistung einer individuell bestimmten Sache, nicht aber, wo sie auf Leistung einer Quantität vertretbarer Sachen gehe. So namentlich Erxleben I S. 182 fg., Witte S. 139 fg. (wo auch weitere Literatur angegeben ist), Voigt S. 319 fg., Mandry Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 232 fg.; dawider Vangerow III §. 625 Anm., Arndts §. 341 Anm. 9, Sintenis §. 109 Anm. 101. Das Hauptargument gegen die bezeichnete Ansicht liegt darin, daß unsere Quellen die Verpflichtung zur Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung auf eine Forderung der Billigkeit zurückführen (Note 1); ist es aber billig, daß die ungerechtfertigte Bereicherung eine Verpflichtung zur Herausgabe erzeuge, so ist es auch billig, daß diese Verpflichtung nur so lange dauere, wie die Bereicherung selbst. S. auch l. 8 §. 22 D. de transact. 2. 15. Die praktische Bedeutung der hier zurückgewiesenen Ansicht beruht übrigens zum guten Theil auf dem von der herrschenden Meinung aufgestellten Satz, daß in allen Fällen, in welchen die Bereicherung ihren Grund in dem Eigenthumserwerb an einer Quantität vertretbarer Sachen habe, die Verpflichtung des Erwerbers auf Leistung einer gleichen Quantität, nicht auf Leistung der erlangten Sachindividuen gerichtet sei. Es wird aber diese Ansicht, welche hauptsächlich auf l. 25 i. f. D. de praescr. verb. 19. 5, l. 7 l. 19 §. 2 D. de cond. ind. 12. 6 gestützt wird, was den Fall einer Getreideleistung angeht, direct widerlegt durch l. 65 §. 6 D. de cond. ind. 12. 6 und auch was Geldleistungen angeht, mit guten Gründen angefochten

ungerechtfertigte Bereicherung liegen[7]. Forderungsberechtigt ist der Benachtheiligte; nicht, wenn er durch einen Andern geleistet hat, dieser Andere[8]; es müßte denn auch diejenige Bereicherung eine ungerechtfertigte sein, welche ihm seinerseits durch die von diesem Andern für ihn gemachte Leistung zugegangen ist[9].

§. 425.

In einer durchaus eigenthümlichen Weise hat das römische Recht die Verpflichtung auf Herausgabe einer durch bewußt

---

von Mandry a. a. O. S. 220 fg. Die Literatur der Frage bei dems. Note 1; s. auch Seuff. Arch. IV. 124. Vgl. noch Mandry S. 232 fg. — Nach denselben Grundsätzen, wie für weggefallene Bereicherung, haftet der Schuldner auch für nicht gezogenen Gewinn. L. 38 pr. D. de usur. 22. 1. Vgl. Seuff. Arch. I. 59, II. 59, XIII. 97.

[4] L. 26 §. 12 l. 65 §. 7 D. de cond. ind. 12. 6.

[5] Vgl. zum Folgenden: Windscheid S. 93—96 (dazu aber auch §. 355 Note 9), Erxleben I S. 152—182. II S. 507—511, Witte S. 75—84, Voigt S. 358—383. Auch oben §. 355 zu Note 7—13.

[6] Arg. l. 12. 13. 19 D. de novat. 46. 2, l. 9 §. 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 8 §. 2 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 78 §. 5 D. de I. D. 23. 3, l. 41 pr. D de re iud. 42. 1, l. 5 §. 5 D. de exc. doli 44. 4, l. 2 C. de cond. ind. 4. 5; l. 26 §. 12 i. f. D. de cond. ind. 12. 6; l. 6 §. 1. 2 eod., l. 16 pr. l. 22 pr. D. ratam rem 46. 8, l. 34 pr. l. 59. D. de solut. 46. 3.

[7] Arg. l. 2 §. 2. 3 D. de don. 39. 5, l. 7 pr. D. de doli exc. 44. 4; l. 7 §. 1 i. f. D. eod. und arg. l. 2 §. 4 D. de don. 39. 5. — Der Gegensatz wird in den Quellen so ausgedrückt: suum recepit, suum petit, suum negotium gessit, l. 26 §. 12 i. f. D. de cond. ind. 12. 6, l. 12 D. de novat. 46. 2, l. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4, l. 9 §. 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Hierher gehört auch l. 44 D. de cond. ind. 12. 6. „Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est".

[8] L. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 6 §. 3 l. 47 l. 57 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 6 C. eod. 4. 5, l. 8 §. 3 D. ad. SC. Vell. 16. 1, l. 21 §. 1 D. de don. 39. 5, l. 18 §. 1 l. 31 §. 3 D. de m. c. don. 39. 6. L. 7 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 handelt nicht von einem Falle, wo durch die Person eines Andern geleistet worden ist; der dotis promissor verspricht in eigenem Namen. Vgl. auch Erxleben I S. 174; ferner §. 313 Note 6.

[9] L. 7 §. 1 D. de doli exc. 44. 4 und l. 2 §. 4 D. de don. 39. 5. Nicht so, wenn dieser Andere ihm geschenkt hat, l. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4.

widerrechtliche Aneignung[1] entstandenen Bereicherung behandelt. Diese Verpflichtung geht nämlich auf mehr, als auf Herausgabe der Bereicherung; sie geht auf vollen Schadensersatz, was sich namentlich in dem Falle von Wirksamkeit erweist, wo der Besitz der widerrechtlich angeeigneten Sache später wieder verloren worden ist[2]. Mit anderen Worten: der aus widerrechtlicher Aneignung entstehende Schadensersatzanspruch wird als Etwas qualificirt, was er nicht ist[3], und daraus werden denn auch Consequenzen gezogen, namentlich die, daß der Anspruch unbedingt auf die Erben übergeht[4].

---

[1] Furtum, wenn die Sache eine bewegliche ist; die condictio heißt in diesem Falle condictio ex causa furtiva oder condictio furtiva (§. 422 Note 5). Die gleichen Grundsätze gelten aber auch für die widerrechtliche Aneignung unbeweglicher Sachen, l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 §. 1 D. de furt. 47. 2. §. 425.

[2] Der Aneigner haftet in diesem Falle nicht, wie er eigentlich sollte, da er nur um den Besitz reicher geworden ist, auf Ersatz des Werthes des Besitzes, sondern auf Ersatz des Werthes der Sache; l. 7 §. 2 l. 8 pr. §. 1 D. h. t. 13. 1. S. ferner l. 3 eod. „Si condicatur servus ex causa furtiva, id venire in condictionem certum est, quod intersit agentis, veluti si heres sit institutus, et periculum subeat dominus hereditatis perdendae . .“. Die Römer sagen: die condictio furtiva sei condictio rei, nicht possessionis; welcher Satz für sie Bedeutung auch abgesehen von den hier hervorgehobenen Folgen wegen der Geldcondemnation hatte. — Darauf, in welcher Weise der Aneigner den Besitz verloren hat, kommt nichts an, weil er ohne Weiteres in Verzug ist (§. 278 Note 9).

[3] Was die Römer sich auch nicht verbargen. Gai. IV. 4 (§. 14 I. de act. 4. 6): „certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere: SI PARET EUM DARE OPORTERE . .; plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut . . rei recipiendae nomine fures ex hac actione etiam teneantur: SI PARET EOS DARE OPORTERE . .“.

[4] L. 5 l. 7 §. 2 l. 9 D. h. t. 13. 1. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß man gerade diesen Gesichtspunkt im Auge hatte, als man gegen den fur eine condictio einführte. Andere Consequenzen: a) es haftet nicht der Sclave nach seiner Freilassung, l. 15 D. h. t. 13. 1 (vgl. l. 1 §. 18 D. dep. 16. 3); b) nach l. 6 D. h. t. 13. 1 haftet nicht der Gehülfe. Dagegen sagt in Betreff dieses letzteren Punktes das Gegentheil l. 53 §. 2 D. de V. S. 50. 16 (vgl. §. 453 Note 5), und ferner tritt die Delictsnatur des Anspruches hervor in den Sätzen: a) daß von mehreren fures jeder auf das Ganze haftet, l. 1 C. h. t. 4. 8; b) daß aus dem furtum des Sclaven und des Sohnes eine actio noxalis gegen den Herrn und den Vater geht, l. 4 D. h. t. 13. 1. — Es herrscht ein alter Streit darüber, ob die condictio furtiva Delicts- oder Bereicherungs-

3. Besondere Fälle.

a. Bereicherung aus einer Leistung, welche zum Zweck der Erfüllung einer irrthümlicher Weise vorausgesetzten Verbindlichkeit gemacht worden ist*.

§. 426.

Ein rechtlich besonders ausgebildeter Fall der wegen ermangelnder Voraussetzung ungerechtfertigten Bereicherung.

1. Es muß zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden sein. Ob gerade dasjenige geleistet worden ist, was man schuldig zu sein glaubte, oder etwas Anderes an Erfüllungsstatt ist gleichgültig[1]. Ebenso ist gleichgültig, ob zum Zweck der Erfüllung einer obligatorischen, oder irgend einer anderen Verbindlichkeit geleistet worden ist[2].

---

klage sei, vgl. §. 359 Note 18. Nach der hier gegebenen Darstellung ist sie das Eine und das Andere, ihrer wesentlichen Natur nach aber Delictsklage. — Unter den Sätzen, welche sich mit der Delictsnatur der Klage nicht vertragen, darf nicht auch der angeführt werden, daß Herr und Vater aus dem furtum des Sclaven und Sohnes de peculio haften; denn sie haften de peculio nur auf die wirkliche Bereicherung (l. 3 §. 12 D. de pec. 15. 1, l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1), und die Haftung auf die wirkliche Bereicherung sollte gewiß nicht ausgeschlossen werden, als der Satz aufgestellt wurde: „ex poenalibus actionibus non solet in patrem de peculio actio dari" (l. 58 D. de R. I. 50. 17).

§. 426. * Dig. 12. 6 Cod. 4. 5 de condictione indebiti. — Erxleben (§. 421) 1. Abtheilung. Voigt (§. 421) §. 74. 75. Ferner handelt über die condictio indebiti ein Aufsatz von Renaud Arch. f. civ. Pr. XXIX. 4. 14 (1846), in welchem eine Auffassung, die sich bereits bei Christiansen zur Lehre von der naturalis obligatio und der condictio indebiti (1844) S. 61 fg. findet, daß nämlich die condictio indebiti auf einem Irrthum im Willensinhalt, auf einem von Savigny s. g. unächten Irrthum beruhe, dahin ausgebildet wird, daß das irrthümlicher Weise Geleistete gar nicht in das Eigenthum des Empfängers übergehe (!). S. dawider Erxleben S. 39 fg., Unterholzner II S. 29 fg., Sintenis II S. 526 fg., Vangerow III §. 625.

[1] L. 26 §. 4—6 D. h. t. Römer Leistung an Erfüllungsstatt S. 134 fg.

[2] Z. B. einer erbrechtlichen, l. 36 D. fam. herc. 10. 2, l. 4 C. de iur. et facti ign. 1. 18; einer dinglichen, s. l. 7 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 3 §. 10 D. si cui plus 35. 3 (vgl. Arndts §. 341 Anm. 2 a. E. und

2. Die Verbindlichkeit muß nicht bestanden haben[3]. Es ist gleichgültig, ob sie an und für sich nicht bestanden hat[4], oder ob sie durch Einrede unwirksam war[5]. Dagegen ist das Rückforderungsrecht ausgeschlossen, wenn die Verbindlichkeit auch nur als natürliche bestanden hat[6]; wenigstens ist dieß nur ausnahmsweise nicht wahr[7]. Ausgeschlossen ist das Rückforderungsrecht ferner dann, wenn die künftige Existenz der Verbindlichkeit sicher war[8]. — Dem Fall, wo die Verbindlichkeit gar nicht bestanden hat, steht der Fall gleich, wo sie nicht in der Weise bestanden hat, wie angenommen wurde, etwa für einen anderen Gläubiger[9], oder für einen anderen Schuldner[10], oder mit einem anderen

§. 421 Note 11). Vgl. auch Seuff. Arch. XVIII. 224 (wo richtig von einer „irrig vorausgesetzten Erbenqualität" die Rede ist, aber die Entscheidung irrig auf die Annahme eines wesentlichen Irrthums über Eigenschaften des Mitcontrahenten gegründet wird).

[3] L. 54 D. h. t.

[4] L. 23 init. D. h. t., l. 5 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1; l. 57 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 7 D. de her. vel act. vend. 18. 4; l. 37 D. h. t., l. 16 pr. D. de contr. emt. 18. 1; l. 2 §. 1 D. h. t.; l. 25 D. h. t. (vgl. l. 19 §. 4 l. 20. 21 eod.).

[5] L. 26 §. 3. 7 l. 30 l. 32 §. 1 l. 43 D. h. t. — Kein Rückforderungsrecht, wenn der Schuldner geleistet hat, ohne von dem benef. competentiae Gebrauch zu machen (§. 268 Note 7. 11). Ebenso wenig, wenn der Bürge geleistet hat, ohne von dem benef. divisionis oder excussionis Gebrauch zu machen (§. 479 Note 2 a. E., §. 478 Note 1).

[6] L. 64 D. h. t. „Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum. Ut enim libertas naturali iure continetur, et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est".

[7] In den in §. 289 Nr. 1. 2. 6 bezeichneten Fällen.

[8] Im Fall der befristeten Verbindlichkeit, l. 10 l. 17 l. 56 D. h. t. Vgl. I §. 96 Note 3—5. Doch kann der Schuldner hier das Interusurium zurückfordern. Vgl. Erxleben S. 94—100. A. M. Petzold in dem oben §. 274 Note 1 citirten Aufsatz S. 396—397 bes. Note 32. S. auch Savigny IV S. 38. k. — Nicht ausgeschlossen ist das Rückforderungsrecht bei der bedingten Verbindlichkeit, es müßte denn die Erfüllung der Bedingung sicher sein, l. 16. 18. 48. 56 D. h. t.

[9] L. 65 §. 9 D. h. t. „Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur . . .". L. 64 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. Seuff. Arch. IV. 332.

[10] Die l. 65 §. 9 cit. fährt fort: — „aut si id, quod alius debebat,

Leistungsinhalt[11], — nur daß natürlich, wenn bloß zuviel geleistet worden ist, auch nur das Zuviel zurückgefordert werden kann[12].

3. Das Bestehen der Verbindlichkeit muß irrthümlicher Weise angenommen worden sein[13]. Und zwar muß der Irrthum, in

---

alius, quasi ipse debeat, solvat". L. 19 §. 1 eod., l. 38 §. 2 D. de sol. 46. 3, l. 31 pr. D. de H. P. 5. 3. Ueber l. 5 C. eod. 3. 31 und l. 49 D. de neg. gest. 3. 5 s. Vangerow II S. 416 u. III S. 521, Francke Commentar über den Titel de her. pet. S. 322 fg., und die daselbst Citirten. Nicht in Widerspruch steht l. 44 D. h. t. (§. 424 Note 7).

[11] L. 19 §. 3 l. 32 §. 3 D. h. t. Ueber l. 19 D. de leg. II° s. Vangerow II S. 621 Nr. 2.

[12] L. 3 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 30 l. 31 l. 32 pr. l. 26 §. 4—6 D. h. t., l. 10 C. h. t., l. 19 §. 6 D. loc. 19. 2, l. 10 §. 1 D. de compens. 16. 2. Hierher gehört auch der Fall, wo nicht geleistet zu werden brauchte, ohne daß der Empfänger seinerseits etwas leiste (§. 421 Note 12), oder eine Last übernehme, eine dingliche (§. 421 Note 10), oder eine obligatorische (§. 421 Note 11). Ausnahmsweise ist aber ein Rückforderungsrecht nicht begründet, wenn Jemand auf eine fremde Sache, welche er irrthümlicher Weise für die seinige hielt, Verwendungen gemacht, und die Sache herausgegeben hat, ohne sich diese Verwendungen ersetzen zu lassen (Stellen in §. 422 Note 7). In l. 51 D. h. t. heißt es sogar allgemein: „Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus". Diese Stelle (von Pomponius) scheint eine ältere Auffassung zu repräsentiren, von welcher die erwähnte Ausnahme ein Ueberbleibsel ist. S. auch l. 21 D. ad SC. Treb. 36. 1, und vgl. über das Ganze Erxleben S. 100 fg.

[13] L. 1 §. 1 D. h. t. „Et quidem, si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio". L. 24 l. 26 §. 2. 3 D. h. t., l. 9 pr. C. h. t., und häufig sonst. S. Voigt §. 67. Wer weiß, daß die Verbindlichkeit, welche er erfüllen zu wollen erklärt, nicht besteht, darf nicht behaupten, daß die wirkliche Absicht seiner Leistung die Erfüllung dieser Verbindlichkeit gewesen sei. Tritt nun eine andere Absicht nicht hervor, so wird man zu sagen haben, daß er habe schenken wollen. Daher l. 53 D. de R. I. 50. 17: „Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est". So auch l. 47 D. de op. lib. 38. 1, l. 7 §. 2 D. pro emt. 41. 4, l. 12 D. de nov. 46. 2. Aber die Schenkungsabsicht ist in einem solchen Falle keineswegs nothwendig. S. namentlich l. 50 D. de sol. 46. 3. „Si, quum aurum tibi promisissem, ignoranti quasi aurum aes solverim, non liberabor; sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod sciens feci". Wenn ferner der bösgläubige Erbschaftsbesitzer Erbschaftsschulden bezahlt, so kann er nicht zurückfordern

welchem sich der Leistende befunden hat, ein entschuldbarer gewesen sein, so daß also bei Rechtsirrthum ein Rückforderungsrecht nicht begründet ist, wenn nicht ausnahmsweise die Entschuldbarkeit des Rechtsirrthums nachgewiesen wird[14]. Dem Irrthum steht Zweifel gleich; nur positives Wissen von der Nichtbegründetheit

---

(l. 31 pr. D. de H. P. 5. 3), und doch hat er gewiß nicht schenken wollen. Vgl. Windscheid Voraussetzung S. 203, Voigt S. 578 fg.

[14] Vgl. I §. 79 Note 7. — Es wird in den Quellen in einer Reihe von Stellen mit der größten Bestimmtheit und als unbezweifelbares Axiom ausgesprochen, daß bei Rechtsirrthum die condictio indebiti nicht Statt finde. L. 10 l. 6 C. de iur. et facti ign. 1. 18, l. 9 §. 5 D. eod. 22. 6, l. 6. 7 C. h. t., l. 9 C. ad leg. Falc. 6. 50. Andererseits wird die condictio auf Grund eines Rechtsirrthums zugelassen in l. 1 pr. D. ut in poss. leg. 36. 4. Aber wenn man auch nicht annehmen will, daß diese Stelle einen ausnahmsweise entschuldbaren Rechtsirrthum voraussetze, welche Annahme allerdings in ihren Worten keine Unterstützung findet: so kann sie doch als ganz vereinzelte gegenüber jenen zahlreichen und in präcisester Fassung redenden Stellen den eigentlichen und wirklichen Gedanken der Justinianischen Compilation nicht fraglich machen. Vgl. übrigens auch H. Witte krit. VJSchr. VIII S. 210. 206. Noch weniger sind dazu im Stande Stellen, in denen die condictio indebiti auf Grund eines Irrthums gewährt wird, welcher nach der Sachlage als Rechtsirrthum nothwendig oder doch mit Wahrscheinlichkeit zu denken ist, wie z. B. l. 38 l. 64 D. l. 5 C. h. t.; denn da diese Stellen nicht die Absicht haben, sich über die zur condictio indebiti erforderliche Qualität des Irrthums zu äußern, so ist es von ihnen unzweifelhaft, daß sie voraussetzen, der Irrthum sei in dem gegebenen Fall ein entschuldbarer. In l. 25 pr. i. f. D. de prob. 22. 3 wird verlangt: „iusta ignorantiae causa". — Die hier vorgetragene Ansicht darf als die heutzutage herrschende angesehen werden; sie wird vertheidigt namentlich von Savigny III S. 447 fg., Erxleben S. 70 fg., Witte S. 98 fg., Voigt S. 635, Unterholzner II S. 36. 37, Sintenis II §. 109. Anm. 54, Vangerow III §. 625 Nr. II, Puchta §. 309. i, Arndts §. 341 Anm. 6. Andere stellen die Entscheidung nicht auf den Gegensatz zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum, sondern auf den Gegensatz zwischen Rechtsirrthum und factischem Irrthum als solchem, und lassen bei jenem die condictio indebiti unbedingt zu, oder schließen sie unbedingt aus. S. die Literaturangaben bei Vangerow a. a. O., Holzschuher III §. 266 Nr. 6. — Auch in der Praxis macht sich die hier vertretene Ansicht immer mehr geltend, und ist theilweise selbst von solchen obersten Gerichtshöfen angenommen worden, welche früher nach der entgegengesetzten entschieden haben. Dahin gehören die OA.-Gerichte zu Lübeck (Seuff. Arch. XIII. 254, vgl. IV. 55, VII. 53), Dresden (II. 187, vgl. VI. 206 Nr. 2, freilich auch Nr. 1), Jena (V. 291, vgl. VI. 207, VII. 322). Daß Entschuldbarkeit des Irrthums erforderlich sei, erkennt ferner an das OAG. zu Wies-

der Verbindlichkeit schließt das Rückforderungsrecht aus[15]. — Weiß der Empfänger, daß die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung ihm geleistet wird, nicht besteht, so macht er sich durch das Nehmen einer Entwendung schuldig, und haftet nach den Grundsätzen des §. 425[16].

4. Ausnahmsweise fällt das Rückforderungsrecht weg bei den

---

baden XV. 195. I). Rechtsirrthum weist zurück das OAG. zu Rostock (VII. 52); nur bei den Personen der l. 25 §. 1 D. de probat. läßt ihn zu das OAG. zu Cassel (VIII. 140. 141). So steht das OT. zu Stuttgart ganz vereinzelt da, welches noch im Jahre 1853 ausgesprochen hat (Seuff. Arch. VII. 53), daß es auf Entschuldbarkeit des Irrthums, wenigstens des thatsächlichen, nicht ankomme. — Uebrigens darf das Erforderniß der Entschuldbarkeit des Irrthums nicht, wie namentlich Savigny thut, darauf gegründet werden, daß hier der Irrthum der Grund des Rückforderungsrechtes sei. Das ist er gewiß nicht; der Irrthum hat hier überhaupt keine positive Bedeutung; er hat nur die negative Bedeutung, daß bei seiner Abwesenheit die erklärte Selbstbeschränkung des Willens sich als nicht wirklich gewollt herausstellt. Deßwegen müßte man, wenn die Frage nur aus der Natur der Sache zu entscheiden wäre, umgekehrt jeden Irrthum, auch den unentschuldbaren, zulassen. Das römische Recht scheint sich zu der entgegengesetzten Entscheidung durch die Rücksicht auf den Gläubiger, welcher auf das Behaltenkönnen des Geleisteten gerechnet hat, haben bestimmen zu lassen. So auch, in guter Ausführung, Bähr Anerkennung S. 69—71 (76—78). Vielleicht ist die oben genannte l. 1 pr. D. ut in poss. leg. der Ausdruck derjenigen Auffassung, welche hier als der Natur der Sache entsprechend bezeichnet ist. Dahin habe ich mich schon früher ausgesprochen (Voraussetzung S. 206. 207), und der gleichen Ansicht ist auch v. Salpius Novation und Delegation S. 284 fg., aber mit einer Unterscheidung (in Betreff der historischen Entwicklung) zwischen solutio und promissum einerseits, und indebite promissum und indebiti promissum andererseits, welche ich für willkührlich halte. Dagegen auch Witte krit. VJSchr. VIII S 204 fg.

[15] Nach der Entscheidung Justinian's in l. 11 C. h. t. Vgl. l. 2 pr. D. h. t. und Arndts §. 341 Note 7. Seuff. Arch. IV. 123, VII. 54, XIII. 355.

[16] L. 18 D. de cond. furt. 13. 1, l. 43 pr. l. 80 §. 6 i. f. D. de furt. 47. 2. Vorausgesetzt wird jedoch Besitzerwerb auf Seiten des Empfängers. L. 43 §. 2 D. de furt. 47. 2. „Si is, qui indebitum accipiebat, delegaverit solvendum, non erit furti actio, cum eo absente solutum sit; caeterum si praesente, alia causa est, et furtum facit". Ueber und gegen die Meinung Francke's (Beiträge Nr. 4), daß Entwendung nur dann vorliege, wenn der Empfänger sich fälschlicherweise für die Person des wirklichen Gläubigers ausgegeben habe, s. Vangerow §. 625 Nr. III und die daselbst Citirten.

Ansprüchen, bei welchen das Leugnen eine Steigerung auf das Doppelte zur Folge hat (§. 263. 2. a)[17].

5. Was den Beweis angeht, so muß der Rückfordernde im Bestreitungsfall beweisen: a) die Leistung; b) die Leistung zum Zweck der Erfüllung der Verbindlichkeit[18]; c) das Nichtbestehen dieser Verbindlichkeit[19]. Von diesem letzteren Satze gibt es jedoch

---

[17] L. 4 C. h. t., §. 7 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, l. 2 C. de compens. 4. 31. Vgl. l. 23 §. 4 D. h. t. Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIV S. 290. 467. 469. — Gewöhnlich fügt man hinzu, daß das Rückforderungsrecht auch bei dem Urtheilsanspruch wegfalle. Allerdings wird in den Quellen der Satz, daß, „qui ex causa iudicati solvit, repetere non potest“, mehrfach vorgetragen, l. 74 §. 2 D. de iud. 5. 1, l. 36 D. fam. herc. 10. 2, l. 29 §. 5 D. mand. 17. 1, l. 1 C. h. t. Von der anderen Seite steht es aber fest, daß, wenn nach der Leistung Aufhebung des Urtheils auf dem Wege der Appellation erlangt worden ist, das Geleistete zurückgefordert werden kann, l. 11 D. de apell. 49. 1, und das Gleiche muß für den Fall gelten, wo eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urtheil durchgeführt worden ist. Als wirklicher Sinn der oben genannten Stellen stellt sich daher heraus, daß es nicht erlaubt sein solle, die Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urtheil auf dem Wege der condictio indebiti geltend zu machen; was sich auch vollkommen daraus erklärt, daß nach dem älteren Recht das Unterliegen in dieser Nichtigkeitsbeschwerde die poena dupli nach sich zog (Keller Civilproc. §. 82 Note 983). Im Justinianischen Recht ist diese poena dupli, und damit der Grund jener Vorschrift, weggefallen; dieselbe hängt daher in der Luft. Jedenfalls ist sie nur eine processualische, keine civilrechtliche Vorschrift. Deßwegen ist es auch ungerechtfertigt, sie, wie Manche thun, auf den Fall zu übertragen, wo die Leistung auf Grund der irrigen Annahme erfolgt ist, es sei ein Urtheil gefällt worden, welches überhaupt nicht gefällt worden ist. Vgl. über die verschiedenen Auffassungen Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIV S. 322 fg., Witte S. 95 fg., und die daselbst Citirten. — Ueber den Satz: „poenae non solent repeti, quum depensae sunt“ (l. 42 D. h. t., ebenso l. 46 D. de R. I. 50. 17) vgl. einerseits l. 23 §. 4 D. h. t., andererseits l. 3 §. 14 D. de tab. exh. 43. 5 (mit der nämlichen Inscription wie l. 42 cit.), l. 35 D. h. t., l. 1 §. 2 D. de lege Iulia ambitus 48. 14, und die verschiedenen Meinungen bei Glück XIII S. 105 fg., welchem beistimmen Vangerow S. 407, Unterholzner I §. 247. d. II §. 322. g, Puchta §. 309. f, ferner bei Francke Arch. f. civ. Pr. XXII S. 358 und bei Brinz S. 415.

[18] Wenn der Empfänger behauptet, das Geleistete sei ihm z. B. geschenkt worden, so leugnet er, daß ihm zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden sei; die positive Aufstellung, daß ihm geschenkt worden sei, fügt er überflüssiger Weise hinzu.

[19] Nach der positiven Bestimmung der l. 25 D. de prob. 22. 3. Die

Ausnahmen. Der Rückfordernde ist von dem Beweise des Nichtbestehens der vorausgesetzten Verbindlichkeit frei: α) wenn er eine Person ist, zu welcher man sich wohl versehen kann, daß sie leisten werde, ohne schuldig zu sein; β) wenn der Empfänger arglistigerweise den Empfang abgeleugnet hat, und dessen überführt worden ist[20]. Unter allen Umständen aber, auch in diesen Aus-

---

Erwägung aus der Natur der Sache führt zu dem gleichen Resultat, und das wird auch allgemein anerkannt. Dagegen wird lebhaft über die Gründe gestritten, durch welche sich der bezeichnete Satz aus der Natur der Sache rechtfertige. Auf der einen Seite wird behauptet (Erxleben II S. 499 fg., Schlesinger Formalcontracte S. 31. 32, Witte Bereicherungsklagen S. 160 fg. nam. S. 172. 173. krit. VJSchr. VI S. 376—379), dieser Satz sei eine unmittelbare Consequenz aus dem Begriff der Voraussetzung; auf der anderen wird gelehrt (Windscheid Voraussetzung S. 189 fg. krit VJSchr. I S. 122 fg., Bähr Anerkennung S. 68 (72) fg. Jahrb. f. Dogm. II S. 306 fg.), daß nach dem Recht der Voraussetzung an und für sich den Empfänger der Beweis der Erfüllung der Voraussetzung treffe, und daß dieß bei der condictio indebiti nur deßwegen anders sei, weil der Leistende durch die Leistung selbst die Erfüllung der Voraussetzung anerkannt habe. Für die letztere Ansicht, welche hier festgehalten wird (vgl. darüber das Nähere §. 429 Note 1), entsteht die fernere Frage, wie der Begriff der Anerkennung näher zu bestimmen sei. In der ersten Auflage habe ich sie als Beweisvertrag gefaßt; dieser Beweisvertrag ist jetzt von mir aufgegeben (§. 412ª Note 2). Bähr sieht in ihr eine ächte Anerkennung, d. h. eine Willenserklärung, darauf gerichtet, die Schuld gegen sich gelten zu lassen — die Erklärung der Absicht, die Schuld gegen sich gelten zu lassen, bethätigt durch die Aeußerung der Ansicht vom Bestande der Schuld (Anerkennung 1. Aufl. S. 64 fg. Jahrb. f. Dogm. II S. 311 fg. Anerkennung 2. Aufl. S. 68 fg. 127). S. noch Windscheid Voraussetzung S. 191 fg. krit. VJSchr. I S. 123 unt., Arndts krit. Ueberschau IV S. 224 fg., Witte Bereicherungsklagen S. 178. krit. VJSchr. VI S. 389 fg. Die Auffassung der Quellen in l. 25 §. 1 D. de prob. 22. 3 ist doch sehr klar: der Zahlende hat eine Schuld tilgen wollen, und so wird auch wohl eine Schuld vorhanden gewesen sein, er müßte denn ein Mensch sein, zu dessen Einsicht und Umsicht man kein Zutrauen haben kann. Etwas anders l. 31 §. 17 D. de aed. ed. 21. 2 (die übrigens nicht von der Zahlung einer Schuld handelt): Niemand kann sich beklagen, wenn er mit seiner eigenen Erklärung gemessen wird.

[20] L. 25 pr. §. 1 D. de prob. 22. 3. Benfey Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 7, Vangerow §. 625 Anm. 2, Sintenis §. 109 Anm. 57. L. 25 §. 1 cit. „Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles, vel agricultor et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens et desidiae deditus: tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere, bene eas ac-

nahmefällen[21], muß der Kläger das Nichtbestehen der Verbindlichkeit beweisen, wenn sich die Behauptung des Nichtbestehens der Verbindlichkeit in eine positive Behauptung auflöst[22]. Besondere Grundsätze sodann gelten für den Fall, wo die Leistung in einem Schuldversprechen besteht. Hier ist zu unterscheiden, ob in dem Schuldversprechen der Grund der vorausgesetzten Verbindlichkeit ausgedrückt ist, oder nicht; in dem ersten Fall muß der Versprechende das Nichtbestehen der Verbindlichkeit, in dem zweiten Fall der Gläubiger das Bestehen derselben beweisen[23]. — Der Beweis des Nichtbestehens der vorausgesetzten Verbindlichkeit wird durch den Beweis der (factischen oder juristischen) Nichtexistenz derjenigen Thatsachen erbracht, auf Grund deren das Bestehen der Verbindlichkeit angenommen worden ist[23a]. Dabei ist der Richter regelmäßig auch in der Lage, zu entscheiden, ob es dem Kläger erlaubt war, sich in Betreff dieser Thatsachen in einem Irrthum zu befinden[24]; hängt die Entschuldbarkeit des Irrthums noch von einer weiteren, nicht feststehenden Thatsache ab, so muß der Kläger auch diese beweisen[25]. Dagegen braucht der Kläger den Beweis des Irrthums selbst nicht zu führen[26].[27]

---

cepisse, et debitas ei fuisse solutas . .". Seuff. Arch. I. 158, VIII. 140. 141.

[21] Auch in dem zweiten? Die Frage wird verneint von Bensey a. a. O. S. 207; bejaht von Römer die Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 62 fg., wo auch weitere Literatur angeführt ist.

[22] L. 25 §. 2 cit. Hier werden drei Fälle aufgezählt: a) der Kläger behauptet, er sei weniger, als er gezahlt habe, also so und so viel schuldig; b) er beruft sich auf Tilgung der Schuld, oder c) auf eine Einrede.

[23] L. 25 §. 4 cit. Ist eine genaue Angabe des Grundes der vorausgesetzten Schuld erforderlich, oder genügt eine allgemeine Bezeichnung? S. darüber §. 412[b] Note 2, wo auch weitere Literatur über diese, jedenfalls interpolirte, Stelle angegeben ist. — Findet auch in diesem Falle die oben bei a angegebene Bestimmung Statt? Verneint bei Seuff. Arch. XVIII. 254.

[23a] Seuff. Arch. VII. 55.

[24] In diesem Sinne heißt es im pr. der l. 25 cit.: — „eum, qui dicit, indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per . . aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum". Vgl. Seuff. Arch. VII. 322, VIII. 142, XV. 195. I.

[25] Der Kläger beruft sich z. B. darauf, daß der Rechtsirrthum, in welchem er sich befunden habe, ausnahmsweise gerechtfertigt gewesen sei.

[26] D. h. er braucht nicht zu beweisen, daß sein Wille wirklich darauf ge-

b. Bereicherung aus einer Leistung, welche unter einer auf die Zukunft gestellten Voraussetzung gemacht worden ist*.

§. 427.

Die auf die Zukunft gestellte Voraussetzung kann zum Gegenstand ein Handeln des Empfängers haben; und dieß ist ein besonders wichtiger Fall, von dem unten (§. 428) noch näher gesprochen werden wird; aber es ist nicht der einzig mögliche[1]. Folgende andere in den Quellen erwähnte Fälle gehören hierher.

---

richtet gewesen sei, eine Verbindlichkeit zu erfüllen. Daß sein Wille hierauf gerichtet sei, hat er erklärt und er kann verlangen, daß bei seiner Erklärung, welche der Gegner als solche hingenommen hat, stehen geblieben werde, bis der Gegner die Unrichtigkeit derselben nachgewiesen hat. Seuff. Arch. VII. 56, X. 56, XIII. 255, XV. 195 Nr. II. 2. 3, XVII. 248. A. M. Schlesinger Formalcontrakte S. 204, welcher vom Kläger dafür, daß er in der That keinen anderen Willen gehabt habe, „einigen Nachweis" verlangt. A. M. ferner Röder Abhandlungen über prakt. Fragen des Civilrechtes Nr. 2, Römer die Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 55 fg., Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XLVIII. 4. S. auch Witte Bereicherungsklagen S. 180. 162, Bähr Anerkennung S. 77—78 (83—84), Sintenis §. 109 Note 57, Holzschuher III §. 266 Nr. 11 1. Hälfte. Man wird wohl thun, sich in Betreff dieser Frage eine Unterscheidung recht scharf zum Bewußtsein zu bringen, deren Beachtung geeignet ist, vielen unnöthigen Streit abzuschneiden: der Zurückfordernde braucht nicht das behauptete Irren zu beweisen; aber er muß den Richter davon überzeugen, daß das von ihm behauptete Irren entschuldbar war (Note 24. 25), und indem er dieß thut, macht er freilich auch die Thatsache des Irrens selbst glaublich. So auch Burckhard Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XXI S. 338 fg.

[27] Die hier aus der Natur der Sache entwickelten Grundsätze — also nicht die positiven Vorschriften der l. 25 D. de prob. — müssen in jedem anderen Falle zur Anwendung kommen, wo zurückgefordert wird wegen Ermangelung einer auf die Gegenwart oder Vergangenheit gestellten Voraussetzung; d. h. der Kläger muß die Ermangelung der Voraussetzung beweisen, nicht aber auch, daß er irrthümlicher Weise ihr Erfülltsein angenommen habe.

§. 427. * Dig. 12. 4 de condictione causa data causa non secuta. Cod. 4. 6 de condictione ob causam datorum. — C. G. Wächter doctrina de condictione causa data causa non secuta in contractibus innominatis (1822). Erxleben (§. 421) 2. Abtheilung. Voigt (§. 421) §. 76. 78. 79. Unterholzner II S. 40 fg., Sintenis II S. 531 fg., Vangerow III §. 626.

[1] Früher war die durchaus herrschende Auffassung, die condictio c. d.

Leistung unter der Voraussetzung, daß für den Leistenden künftig eine Verbindlichkeit werde begründet werden[2].

Leistung unter der Voraussetzung, daß[3] durch die Leistung eine Verbindlichkeit des Leistenden werde getilgt werden, entweder sofort[4], oder unter Mitwirkung eines später eintretenden Ereignisses[5].

---

c. n. s. zu denken als Klage auf Rückforderung des um einer Gegenleistung willen Geleisteten, und sie daher in die Lehre von den s. g. Innominatcontracten zu stellen. Die erste Schrift, in welcher sich eine bewußte Unterscheidung der Innominatcontracte und der übrigen Fälle der Leistung ob causam futuram findet, ist die von Wächter. Erxleben S. 32. — Ueber die verschiedenen Ansichten, welche in Betreff des Grundes der condictio c. d. c. n. s. aufgestellt worden sind, s. §. 423 Note 13, und füge hinzu Erxleben S. 30 fg.

[2] Z. B. Vorausbezahlung des Miethgeldes; hinterher wird dem Vermiether die Gewährung des Gebrauchs ohne seine Schuld unmöglich. L. 9 §. 4 l. 19 §. 6 l. 30 §. 1 l. 33 D. loc. 19. 2. Ferner gehört hierher der Fall der Ausstellung eines Empfangsbekenntnisses in Erwartung eines Darlehens. L. 7 C. de non num. pec. 4. 30, l. 3 C. de post. 2. 6, l. 4 C. de cond. ex lege 4. 9. Vgl. §. 372, aber auch Voigt §. 48 a. E. S. ferner l. 23 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Vielleicht ist hierher auch l. 15 D. h. t. zu stellen. Erxleben S. 186; vgl. Voigt S. 701.

[3] Vgl. zum Folgenden Erxleben §. 11.

[4] Beispiele: ein Schuldner leistet einen zur Erfüllung untauglichen Gegenstand, l. 38 §. 3 D. de sol. 46. 3. Ein Schuldner leistet einem Andern, als dem wahren Gläubiger, in der falschen Meinung, die Leistung an denselben sei dem Willen des Gläubigers gemäß; er hat ein Rückforderungsrecht, wenn nicht durch die nachträgliche Genehmigung des Gläubigers der Leistung dennoch die Erfüllung ihres Zweckes verschafft wird. L. 14 D. h. t., l. 58 pr. §. 1 D. de sol. 46. 3, l. 80 §. 7 D. de furt. 47. 2, l. 8 C. de cond. ind. 4. 5 (in den beiden letzten Stellen wird das Geleistete ungenau als indebitum bezeichnet), l. 22 pr. D. eod. 12. 6. Weiß der Empfänger, daß er nicht für den Gläubiger annehmen darf, so macht er sich einer Entwendung (furtum) schuldig, und haftet nach den Grundsätzen derselben (§. 425). L. 14 D. h. t., l. 80 §. 5—7 D. de furt. 47. 2, l. 44 D. eod., l. 18 l. 38 §. 1 D. de sol. 46. 3, l. 3 §. 12 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (vgl. I §. 127 Note 16). (In l. 18 D. de sol. 46. 3 und l. 80 §. 6 D. de furt. 47. 2 wird hervorgehoben, daß der falsus procurator eben auch nur dann ein furtum begehe, wenn er die Absicht habe, das Empfangene zu unterschlagen, vgl. l. 8 C. de cond. ind. 4. 5; in l. 43 §. 1 D. de furt. 47. 2 aber wird eine Meinung referirt, nach welcher der procurator auch in diesem Fall ein furtum bloß unter der Voraussetzung begehen soll, daß ihm in der Absicht, nicht ihn, sondern den Gläubiger zum Eigenthümer zu machen, gegeben worden sei.)

Leistung unter der Voraussetzung, daß durch die Leistung für den Leistenden ein Forderungsrecht werde begründet werden, entweder sofort[6], oder unter Mitwirkung eines später eintretenden Ereignisses[7].

Leistung unter der Voraussetzung eines sonstigen Rechtserwerbes. Ein besonders wichtiger Fall, welcher hierher gehört[8], ist der der Leistung, um der Bedingung einer letztwilligen Zu-

---

[5] Beispiele: ein Schuldner leistet einem Andern, als dem Gläubiger, in der Erwartung, daß der Gläubiger diese Leistung genehmigen werde, l. 14 D. h. t., l. 14 pr. l. 58 pr. D. de solut. 46. 3, l. 16 pr. l. 22 pr. §. 1 l. 25 §. 1 D. ratam rem 46. 8, l. 41 §. 11 D. de leg. III° 32. Vgl. auch l. 34 §. 6 D. de sol. 46. 3. Ferner gehört hierher folgender Fall: der Schuldner in einer alternativen Obligation leistet einen Theil des einen der beiden geschuldeten Gegenstände; dadurch wird der Schuldner nicht theilweise befreit; dagegen ist er ganz befreit, wenn er hinterher den anderen Theil dazu leistet; thut er dieß nicht, sondern leistet den anderen Gegenstand, so kann er den geleisteten Theil zurückfordern. Ebenso bei theilweiser Leistung auf Grund einer generischen Obligation. L. 26 §. 13. 14 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 34 pr. D. de solut. 46. 3. Vgl. §. 255 Note 7. — In l. 26 §. 13 cit. heißt es übrigens: — „si autem Stichum praestitisset (das andere Ganze), quinque eum posse condicere quasi indebita; ebenso l. 34 pr. cit. Es scheint also hier der Gesichtspunkt angelegt zu werden, daß, nachdem die Obligation sich durch die vollständige Leistung auf einen der mehreren möglichen Gegenstände concentrirt habe (§. 255 Note 7), der andere Gegenstand aus der Obligation ganz ausgeschieden sei, und sich demgemäß als ein unverschuldeter herausstelle. Hiernach müßte also das Rückforderungsrecht als ein Rückforderungsrecht ob causam finitam gefaßt werden. Von der andern Seite kann man aber doch nicht sagen, daß der geleistete Theil debite geleistet worden sei, eben weil nur ein Theil geleistet worden ist, und sonach ist das eigentliche Verhältniß denn doch das, daß geleistet worden ist in der Erwartung, es werde durch ein künftiges Ereigniß sich die gemachte Leistung als zur Befreiung dienend ausweisen. Eine Ungenauigkeit des Ausdrucks, wie die bezeichnete, findet sich auch sonst in unserer Lehre, s. Note 4. 10.

[6] L. 32 D. de R. C. 12. 1.

[7] L. 46 pr. D. de I. D. 23. 3.

[8] Ein anderer hierher gehöriger Fall ist der, wo die Collation vor Antritt der Erbschaft gemacht wird. L. 13 D. h. t., l. 3 §. 5 D. de coll. bon. 37. 6. Die Voraussetzung darf hier nicht etwa als auf die künftige Entstehung einer Verbindlichkeit gestellt gedacht werden; denn eine Verbindlichkeit zur Collation entsteht für den Erben auch durch den Antritt der Erbschaft nicht; sondern das Verhältniß ist das, daß, wenn er nicht conferirt, er die Erbschaftsrechte nicht geltend machen kann. L. 3 pr. l. 1 §. 10. 13 D. de coll. bon. 37. 6. Fein Collation S. 293 fg.

wendung zu genügen[9]; die Voraussetzung ist hier, daß die Zuwendung werde erworben werden[10], und gerade durch die Leistung werde erworben werden[11].

Bestellung einer Dos vor Abschluß der Ehe; die Voraussetzung ist hier, daß eine Ehe zu Stande kommen werde[12].

Schenkung unter Brautleuten. Auch sie gilt als gemacht unter der Voraussetzung, daß eine Ehe zu Stande kommen werde. Jedoch hat derjenige, durch dessen Schuld die Ehe nicht zu Stande kommt, kein Rückforderungsrecht, und wenn der Abschluß der Ehe durch den Tod einer Partei gehindert wird, ist das Rückforderungsrecht des Bräutigams kein unbedingtes[13].

Schenkung auf Todesfall. Ihre Voraussetzung[14] ist, daß

---

[9] Condicionis implendae gratia, condicioni parendi gratia. Erxleben §. 12.

[10] Aus welchem Grunde sie nicht erworben wird, ist für den Ausfall der Voraussetzung gleichgültig. Es kann sein, daß die Verfügung des Erblassers ungültig, oder wiederaufgehoben ist, oder nie bestanden hat (l. 53 l. 65 §. 3 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 D. h. t., l. 26 D. de inoff. 5. 2); es kann sein, daß der Leistende erwerbunfähig ist, oder daß er später anderen Sinnes wird und die letztwillige Zuwendung ausschlägt (l. 1 §. 1 D. h. t., l. 65 §. 3 D. de cond. ind. 12. 6). Unter die Fälle, wo die Verfügung des Erblassers ungültig ist, gehört auch der, wo der Bedachte das ihm Zugewandte bereits hat, l. 67 pr. D. de cond. ind. 12. 6. (Wenn es hier heißt: „an pecuniam . . ut indebitam datam repetere . . . possit"?, so ist das, wie in den in Note 4 und 5 genannten Stellen, lediglich ein ungenauer Ausdruck.)

[11] Daher steht ein Rückforderungsrecht zu, wenn sich herausstellt, daß die Bedingung gar nicht auferlegt, oder hinterher wieder erlassen war. L. 3 §. 6. 7 D. h. t. S. auch l. 34 D. de cond. ind. 12. 6, dazu aber auch l. 44 §. 5 D. de cond. 35. 1.

[12] L. 7 §. 3 — l. 9 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 59 §. 2 l. 74 D. eod., l. 6—9 pr. l. 10 D. h. t., l. 5 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 10 D. de spons. 23. 1, l. 17 §. 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 7 C. de interd. matrim. 5. 6. Erxleben §. 8.

[13] Es geht „osculo interveniente" nur auf die Hälfte. Ueber Beides s. l. 15. 16 C. de don. ante nupt. 5. 3; über das ältere Recht l. 2. 10. 11. C. eod., l. 1 §. 1 D. de don. 39. 5, Vat. fr. §. 262. Windscheid S. 29. 109, Erxleben S. 152—157. Ueber das „osculum" s. noch Glück XXIV S. 396 fg., Spangenberg Arch. f. civ. Pr. XII. 14, Klenze Zeitschr. f. gesch. RW. VI S. 72. Vgl. Seuff. Arch. IV. 233, XVII. 59.

[14] Sie kann aber auch unter einer aufschiebenden Bedingung gemacht werden. S. §. 369 Note 2.

der Schenker den Beschenkten, oder, wenn sie mit Rücksicht auf eine vorhandene oder bevorstehende Lebensgefahr gemacht wird, daß er diese nicht überlebe[15].

§. 428.

Wenn die Voraussetzung der Leistung durch eine von dem Empfänger vorzunehmende Handlung gebildet wird (§. 427), so kann sie näher gerichtet sein: 1) darauf, daß der Empfänger das Empfangene in gewisser Weise verwende[1], oder sich in Beziehung auf dasselbe in gewisser Weise verhalte[2]; oder 2) darauf, daß er seinerseits eine Leistung mache. In diesem letzteren Falle ist wieder entweder möglich, daß die von ihm zu beschaffende Leistung sich als Auflage auf eine Schenkung darstellt[3], oder daß sie im Sinne des Vertrages Aequivalent für das ihm Geleistete ist[4]. In allen diesen Fällen aber hat der Leistende außer dem Rückforderungsrecht wegen Ausbleibens der vorausgesetzten Handlung auch ein Forderungsrecht auf Vollziehung dieser Handlung aus

---

[15] L. 12 D. h. t., l. 35 §. 3 D. de m. c. don. 39. 6, l. 19 pr. D. de R. C. 12. 1. — Schenkung unter der Voraussetzung des früheren Ablebens einer dritten Person: l. 18 l. 11 D. de m. c. don. 39. 6, l. 3 C. eod. 8. 57. Erxleben §. 9, Voigt S. 724—731.

§. 428. [1] L. 11 D. h. t., l. 53 D. de cond. ind. 12. 6, l. 5 §. 9 l. 9 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 2 §. 7 D. de don. 39. 5.

[2] Z. B. das Empfangene nicht veräußere (l. 3 C. h. t.), oder nach gewisser Zeit weiter gebe (l. 49 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55). Vgl. auch Seuff. Arch. V. 7.

[3] L. 3 D. de don. 39. 5, l. 8 C. h. t., l. 2 C. eod., l. 1 C. de don. quae sub modo 8. 55. Vgl. Seuff. Arch. XVI. 103.

[4] Beispiele aus den Quellen: es wird etwas gegeben, damit ein Sclave freigelassen werde, l. 1 pr. l. 2 §. 2. 3. 5 D. h. t., l. 5 §. 2 l. 7 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 19 pr. D. de R. C. 12. 1, l. 6. 9 C. h. t.; damit ein Sclave nicht freigelassen werde, l. 3 §. 1 D. h. t.; ut filius emancipetur, l. 1 pr. D. h. t.; ut procurator sit, l. 5 C. h. t., vgl. l. 11 C. h. t.; ut Capuam eas, l. 5 pr. D. h. t.; ut a lite discedatur, ne ad iudicem iretur, l. 1 pr. l. 3 pr. D. h. t.; ut tabulam pingas, l. 5 §. 2 D. de praescr. verb. 19. 5; Geben einer Sache, damit eine andere gegeben werde (Tausch), l. 5 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 1 §. ult. D. de rer. perm. 19. 4, l. 5. 7 C. eod. 4. 64; Erlaß gegen Stellung eines anderen Schuldners, l. 4 D. h. t., l. 8 §. 8 D. ad SC. Vell. 16. 1. S. noch l. 16 D. l. 4 C. h. t., l. 65 §. 4 D. de cond. ind. 12. 6.

dem abgeschlossenen Vertrag[5], ohne daß das letztere Recht das erstere ausschlösse[6]. Nur in dem Falle ist das Rückforderungsrecht allerdings ausgeschlossen, wo die Leistung aufgefaßt werden muß als erfolgt auf Grund eines vorgängigen gegenseitigen Vertrags[7]. Und ferner ist im Falle einer Vermögenszuwendung mit der Auflage einer Herausgabe an einen Dritten das Rückforderungsrecht ausgeschlossen durch das diesem Dritten auf die Herausgabe erworbene Forderungsrecht[8]. —

Das Rückforderungsrecht wegen Ausbleibens der vorausgesetzten Handlung findet nicht Statt, wenn den Geber bei dem Geschäfte der Vorwurf des Unerlaubten trifft[9]. Die Frage, inwiefern es auch dann nicht Statt findet, wenn die vorausgesetzte Handlung dem Empfänger unmöglich ist oder wird, ist bereits I §. 100 Abs. 2 beantwortet worden[10].

Auf der anderen Seite findet ein Rückforderungsrecht trotz des Nichtausbleibens der vorausgesetzten Handlung Statt, wenn der Vorwurf des Unerlaubten den Empfänger trifft[11]. — Gereicht

---

[5] Wer etwas nimmt, was ihm unter der erkennbar hervortretenden Voraussetzung einer seinerseits vorzunehmenden Handlung gegeben wird, verspricht im Nehmen die Vornahme dieser Handlung; er bringt durch das Nehmen einen (unbenannten) Realvertrag zu Stande, und begründet gegen sich nach römischem Recht eine actio praescriptis verbis (§. 312 Note 4). L. 5 §. 1. 2 l. 7 l. 9 l. 26 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 4. 5 C. de rer. perm. 4. 64; l. 9. 22 C. de don. 8. 54, l. 28 D. eod. 39. 5, l. 8 C. de rer. perm. 4. 64, l. 3 C. de contr. emt. 4. 38.

[6] S. I §. 99 Note 1.

[7] In diesem Falle ist die Voraussetzung der Leistung nicht die Vornahme der Gegenleistung, sondern die durch den gegenseitigen Vertrag übernommene Verpflichtung. Es müßte denn der gegenseitige Vertrag ungültig sein, und in Kenntniß seiner Ungültigkeit geleistet worden sein, Windscheid S. 164. Vgl. Seuff. Arch. II. 58. Aus diesem Grunde war bei den Römern die condictio c. d. c. n. s. nur bei denjenigen gegenseitigen Verträgen ausgeschlossen, welche von der Form entbunden waren. S. die in Note 4 genannten Stellen, und vgl. §. 321 Nr. 2 namentlich Note 10. Daselbst auch von dem nach römischem Recht bei den unbenannten Realverträgen zustehenden freien Rücktrittsrecht.

[8] S. l. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55 und §. 316 Note 5. 15—16.

[9] L. 4 §. 3 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5.

[10] Vgl. auch Holzschuher III §. 265 Nr. 1.

[11] S. §. 423 Note 5. — Trifft der Vorwurf den Geber und den Empfänger zu gleicher Zeit, so bleibt es zwar dabei, daß der Geber nicht zurück-

das abgeschlossene Geschäft in keiner Weise zum Interesse des Empfängers, ist Dieser vielmehr nur als Werkzeug zu einer im Interesse des Gebers liegenden Verwendung oder Weitergabe des Gegebenen benützt worden, so hat der Geber ein Rückforderungsrecht zwar nicht wenn die vorausgesetzte Handlung vorgenommen worden ist, wohl aber ehe sie vorgenommen worden ist[12].

§. 429.

Was den Beweis angeht, so muß auch hier (§. 426 Note 5) der Rückfordernde beweisen: a) die Leistung; b) die behauptete Voraussetzung. Dagegen braucht er c) nicht zu beweisen die Nichterfüllung der Voraussetzung; der Empfänger muß, wenn er behalten will, seinerseits die Erfüllung der Voraussetzung darthun[1].

---

fordern kann; dagegen kann auch der Empfänger auf Grund des ihm eingeräumten Rechtes keinen Anspruch gegen den Geber erheben. L. 3 (vgl. l. 2 §. 2) l. 4 pr. §. 1 l. 8 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 2. 5 C. eod. 4. 7, l. 5 pr. D. de cond. s. c. 12. 7, l. 3 §. 3 l. 5 §. 1 D. de calumn. 3. 6, l. 134 pr. D. de V. O. 45. 1. Voigt S. 567—570 und §. 73. Zu l. 5 D. de cond. s. c. 12. 7 s. noch Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 91 fg. Seuff. Arch. I. 195, II. 19, IV. 231, VIII. 25. 119, XIII. 257, XVIII. 225.

12 L. 5 §. 1. 2 D. h. t., l. 27 §. 1 D. mand. 17. 1. Vgl. l. 11 §. 8 D. de don. i. v. e. u. 24. 1.

§. 429. 1 So: Heffter zu Weber Beweisführung S. 237, Windscheid Voraussetzung S. 189 fg. u. krit. VJSchr. I S. 122 fg., Bähr Anerkennung S. 64 (68) fg. (welchem zustimmt Arndts krit. Ueberschau IV S. 223 unten), Gerber Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast S. 125 fg., Maxen über Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 254 fg., Wetzell Civilproc. §. 15 Note 17. Entgegengesetzter Meinung sind: Bethmann-Hollweg Versuche S. 341, Erxleben S. 499 fg., Witte Bereicherungsklagen S. 169 fg. u. krit. VJSchr. VI S. 376—379, Schlesinger Formalcontracte S. 209 fg. Man bemerke über diese schwierige Frage Folgendes. 1) So lange die Erfüllung oder Nichterfüllung der Voraussetzung noch unentschieden ist, ist ein Rückforderungsrecht nicht begründet, und wenn daher der Beklagte sich darauf beruft, daß die Unentschiedenheit noch fortdauere, während der Kläger behauptet, die Entscheidung sei bereits eingetreten, so muß der Kläger ohne allen Zweifel den Beweis führen. 2) Sind die Parteien darüber einverstanden, daß die Entscheidung eingetreten ist, und divergiren ihre Behauptungen nur in Betreff der Richtung, nach welcher sie eingetreten sei, so hängt, wenn man zunächst auf innere Gründe sieht, die Vertheilung der Beweislast davon ab, wie man das Verhältniß der Voraussetzung zur Willens-

B. Freiwillige Besorgung fremder Angelegenheiten*.

§. 430.

Die Thatsache, daß Jemand in fremden Angelegenheiten thätig wird, erzeugt Verpflichtungen sowohl für ihn, wie für

erklärung, welcher sie hinzugefügt ist, auffaßt. Sagt man, die Voraussetzung bilde dieser Willenserklärung gegenüber eine zweite für sich bestehende Willenserklärung, durch welche für einen gewissen Fall die Pflicht zur Zurückgabe begründet werde (nach Art der auflösenden Bedingung), so muß der Kläger das Eintreten dieses Falles beweisen; sagt man, sie sei ein der Willenserklärung inhärirendes Moment, durch welche der definitive Bestand der gewollten Vermögenszuwendung von einer gewissen Gestaltung der Zukunft abhängig gemacht werde (nach Art der aufschiebenden Bedingung), so muß der Beklagte beweisen, daß diese Gestaltung eingetreten sei. Ich bleibe dabei stehen, daß die letztere Auffassung dem Wesen der Voraussetzung entsprechender ist, als die erstere. In ähnlicher Weise rechtfertigen Gerber und Maxen die Beweislast des Beklagten (im Einzelnen noch unter sich abweichend), obgleich sie die causa nicht als Voraussetzung, sondern, in der Weise Voigt's, als objectiven Rechtfertigungsgrund fassen. Witte beruft sich gegen mich darauf, daß „der Wille als solcher Rechtsgrund sein könne, die Leistung also nicht erst durch den Eintritt des zukünftigen Ereignisses eine causa erhalte" (VJSchr. S. 378). Aber es handelt sich hier ja nicht von dem Willen als solchem, sondern von dem an eine Voraussetzung gebundenen Willen. Witte hat causa als Bestimmungsgrund (§. 318 Nr. 2) und causa als Voraussetzung (§. 318 Nr. 3) verwechselt. 3) Was die Quellenäußerungen angeht, so dürfen der hier vertheidigten Ansicht keine Schwierigkeit solche Stellen machen, welche, wie z. B. l. 19 pr. D. de R. C. 12. 1 und l. 58 pr. D. de solut. 46. 3, sagen, daß erst causa non secuta ein Forderungsrecht entstehe. Diese Stellen wollen nichts, als hervorheben, daß bei Dauer der Ungewißheit ein Forderungsrecht noch nicht bestehe. In l. 1 pr. D. h. t. heißt es denn auch umgekehrt: „causa secuta repetitio cessat"; vgl. auch l. 3 §. 3 eod. Dagegen will ich eine Stelle nicht verschweigen, auf welche ich erst später aufmerksam geworden bin, und welche allerdings nicht unbedenklich ist. L. 26 D. de m. c. don. 39. 6. „Si, qui invicem sibi mortis causa donaverunt, pariter decesserunt, neutrius heres repetet, quia neuter alteri supervixit". Daß in dieser Stelle nicht von Solchen die Rede ist, deren gleichzeitiger Tod feststeht, sondern von Solchen, die in einer gemeinschaftlichen Gefahr umgekommen sind (I §. 53 a. E.), darf mit Fug nicht bestritten werden (vgl. l. 9 §. 2. 3. 4 D. de reb. dub. 34. 5, l. 18 pr. eod., l. 32 §. 14 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 34 D. ad SC. Treb. 36. 1). Dann aber besteht, so weit ich sehe, mit dieser Stelle die hier vertretene Auffassung nur dann, wenn man

denjenigen, in dessen Angelegenheiten er thätig wird, auch ohne daß ein Auftrag oder ein sonstiges Verpflichtungsverhältniß zwischen ihm und dem Geschäftsherrn vorhanden ist[1]. Der Inhalt

---

als die Auffassung des römischen Rechtes annimmt, daß Personen, welche in einer gemeinschaftlichen Gefahr umgekommen sind, als gleichzeitig gestorben rechtlich zu gelten haben, wofern nicht der frühere Tod der einen bewiesen werden kann. Vgl. I §. 53 Note 6. 4) Das Recht der querela non numeratae pecuniae in dieser Streitfrage verwerthen zu wollen, halte ich bei der Eigenthümlichkeit, und zum Theil Dunkelheit, dieses Rechtes, für äußerst bedenklich. 5) Unter allen Umständen muß m. E. dem Beklagten die Beweislast dann auferlegt werden, wenn gegen ihn ein Forderungsrecht auf Erfüllung des Vorausgesetzten begründet ist. Wenn das römische Recht auf Grund der actio praescriptis verbis dem Empfänger die Befugniß zugesprochen hat, das Empfangene bei schuldloser Unmöglichkeit der Erfüllung zu behalten (I §. 100 Note 6), so wäre es wenig in seinem Sinne gehandelt, wenn man nicht auch die Beweislast bei der condictio c. d. c. n. s. nach dem Recht der actio praescriptis verbis regeln wollte. So auch (jedoch mit Ausschluß der donatio sub modo) Bethmann-Hollweg Versuche S. 342. 6) Wenn Erxleben und Witte geleisteten Forderungsrechten gegenüber eine verschiedene Behandlung wollen eintreten lassen, je nachdem dieselben wegen mangelnder Voraussetzung zurückgefordert werden (wo nach der Regel der Kläger beweisen soll), oder die Ermangelung der Voraussetzung durch Einrede geltend gemacht wird (in welchem Falle den Empfänger die Beweislast treffen soll), so halte ich diese Unterscheidung für nicht gerechtfertigt. Dawider auch Schlesinger a. a. O. S. 213.

§. 430. * Dig. 3. 5 Cod. 2. 19 de negotiis gestis. — Kritz Pandektenrecht I. 1 S. 348—428 (1835). Kämmerer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII. 3. 4. 8 (1835). Wächter Beiträge zur Lehre von der Negotiorum Gestio, Arch. f. civ. Pr. XX. 11 (1837). Chambon die Negotiorum Gestio (1848). Ruhstrat Beiträge zur Lehre von der Negotiorum Gestio, Arch. f. civ. Pr. XXXII. 7. XXXIII. 2. 9. XXXIV. 3 (1849. 1850. 1851). Dankwardt die Negotiorum Gestio (1855). Brinkmann Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander (1855). Leist civilistische Studien II S. 103—164 (1855). Köllner die Grundzüge der Obligatio Negotiorum Gestorum (1856). Ruhstrat über negotiorum gestio (1858). Witte die Bereicherungsklagen des römischen Rechtes S. 6—40 (1859). Aarons Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio. Erste Abtheilung (1860). Jacobi Jahrb. f. Dogm. IV S. 215 fg. 293 fg. (1861). Glück V S. 318—385; Unterholzner II S. 600—611, Sintenis II §. 114, Vangerow III §. 664—667.

[1] Ein sonstiges Verpflichtungsverhältniß: Vormundschaft oder Amt, wovon unter C und D (§. 432 fg.) die Rede sein wird. — Die technische Bezeichnung des römischen Rechtes für die nicht auf Grund eines Verpflichtungsverhältnisses

dieser Verpflichtungen[2] steht unter freiem richterlichen Ermessen[3]; die Hauptpunkte sind folgende.

1. Der Geschäftsführer ist verpflichtet[4]: a) bei seiner Geschäftsführung die Sorgfalt eines guten Hausvaters aufzuwenden[5]. In Ausnahmefällen haftet der Geschäftsführer nur wegen Arglist und der derselben gleichstehenden groben Nachlässigkeit[6]; umgekehrt kann es auch vorkommen, daß er selbst

---

eintretende Thätigkeit in fremden Angelegenheiten ist: negotia aliena gerere, negotiorum gestio. Derjenige, für welchen der negotiorum gestor thätig wird, heißt der dominus negotiorum. — Man hat sich vielfach bemüht, den Begriff der „fremden Angelegenheiten", des „negotium alienum" näher zu bestimmen, vorzugsweise im Interesse der Lösung der im folgenden §. behandelten Fragen. Die Dogmengeschichte dieser Bestrebungen gibt die bei * citirte Schrift von Aarons. Dieser letztere Schriftsteller stellt (S. 195) folgende Formel auf: ein negotium alienum sei diejenige Handlung, „welche den Inhalt hat, einem fremden Vermögen ein Object der Berechtigung resp. Verpflichtung hinzuzufügen, oder ein darin bereits befindliches zu entfernen oder zu modificiren, oder aber eine dieser Thatsachen zu verhindern". Ich zweifele, ob diese oder eine ähnliche Formel dem Richter für die Entscheidung des einzelnen Falles Hülfe gewähren wird. — Mit der zuvor gemachten Bemerkung soll übrigens der Schrift von Aarons nicht zu nahe getreten sein, welche vielmehr durch den gewissenhaften Fleiß der Arbeit und die umsichtige Beherrschung des Stoffes die besten Erwartungen von der zweiten Abtheilung erregt, in welcher der Verf. seine eigene Ansicht näher zu entwickeln verspricht.

[2] Dieselben sind nach römischem Sprachgebrauch Verpflichtungen quasi ex contractu, pr. §. 1 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, l. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7. Vgl. Note 17 gegen das Ende.

[3] Die actiones negotiorum gestorum sind bonae fidei actiones, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 6 §. 4 l. 7. 18 D. h. t.

[4] Actio negotiorum gestorum directa, §. 1 I. cit.

[5] L. 11 D. l. 17 C. h. t., l. 24 C. de usur. 4. 32, §. 1 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, l. 23 D. de R. I. 50. 17. — Darf man sagen, daß der Geschäftsführer gegen den Nachtheil, welchen er durch seine Schuld dem Geschäftsherrn zugefügt hat, den durch die Führung eines andern Geschäfts erzielten Nutzen aufrechnen dürfe? Der Zweifelsgrund liegt in l. 11 D. h. t. Man bemerke aber zu dieser Stelle. a) Sie spricht zwar von verschiedenen Geschäften, aber von solchen, die unter sich eine Einheit bilden. b) In der Stelle ist eine Ansicht vertreten, welche von der spätern Jurisprudenz verworfen worden ist. Dieß wird bewiesen durch l. 23 §. 1 D. pro soc. 17. 2. — Beweislast: Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I S. 263, vgl. §. 410 Note 4 a. E. und §. 439 Note 7.

[6] Dieß ist der Fall: a) wenn ohne die Dazwischenkunft des Geschäftsführers für den Geschäftsherrn Alles verloren gewesen wäre, l. 3 §. 9 D. h.

für Zufall haftet[7]. Gegen die Pflicht zur Sorgfalt kann sich der Geschäftsführer auch dadurch verfehlen, daß er seine Thätigkeit nicht weit genug ausdehnt[8]. — Der Geschäftsführer ist b) verpflichtet, dem Geschäftsherrn Alles herauszugeben, was er auf Grund seiner Thätigkeit in Händen hat[9], — dasjenige jedoch, was er auf Grund einer Rechtshandlung in Händen hat, welche eine Verfügung über das Vermögen des Geschäftsherrn enthält,

---

t.; b) wenn der Geschäftsführer nur in Erfüllung der Pflicht, vom Erblasser begonnene Geschäfte nicht liegen zu lassen, thätig geworden ist, l. 17. C. h. t., vgl. l. 1 pr. D. de fidei. tut. 27. 7, l. 40 D. pro socio 17. 2. Ueber den Fall bei a) vgl. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I S. 264.

[7] Dieß ist der Fall: a) wenn der Geschäftsführer die Haftung für den Zufall besonders übernommen hat, l. 22 C. h. t. (vgl. Chambon S. 106, Glück V S. 365—367); b) wenn er gegen das Verbot des Geschäftsherrn oder auch nur gegen die Art und Weise desselben thätig geworden ist, l. 11 D. h. t. In diesem letzteren Falle haftet er nicht bloß dann, wenn seine Handlung an und für sich schädlich ist, sondern auch, wenn sie nur dem Interesse gerade des Geschäftsherrn nicht entspricht. Vgl. Wächter S. 356 in Verbindung mit Note 26 auf S. 355.

[8] L. 6 §. 12 D. h. t. Im Besondern: a) der Geschäftsführer macht das in seinen Händen befindliche Vermögen nicht in gehöriger Weise fruchtbar, leiht namentlich Geld nicht auf Zinsen aus. Er ist jedoch dabei entschuldigt, wenn er die Art und Weise befolgt hat, in welcher der Geschäftsherr selbst mit seinem Vermögen umzugehen pflegte. L. 6 §. 12 l. 19 §. 4 l. 31 §. 3 l. 35 §. 3 l. 37 §. 1 l. 38 D. l. 20 C. h. t., l. 13 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 24 C. eod. Zu l. 38 cit. vgl. §. 260 Note 3. Seuff. Arch. V. 14. b) Der Geschäftsführer erfüllt Verbindlichkeiten, welche er gegen den Geschäftsherrn hat, nicht freiwillig („non a semet ipso exigit“), oder befriedigt nicht Ansprüche, welche ihm gegen den Geschäftsherrn zustehen. L. 6 §. 12 l. 8 pr. l. 35 pr. §. 3 l. 38 D. h. t.; l. 13 l. 35 §. 1. 2 D. h. t. c) L. 31 §. 2 D. h. t.

[9] — „quidquid ex his negotiis retines“, l. 2 D. h. t. Bei einer umfassenderen Geschäftsführung, und namentlich bei der Verwaltung des ganzen Vermögens, kann von dem Geschäftsführer Rechnungslegung verlangt werden, l. 2 cit., §. 1 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27. — Der Geschäftsführer muß herausgeben, was er aus seiner Geschäftsführung („ex his negotiis“, l. 2 cit.), nicht, was er auf Grund seiner Geschäftsführung aus dem Vermögen des Geschäftsherrn in Händen hat. Z. B. er zieht eine vermeintliche Forderung des Geschäftsherrn ein, l. 23 D. h. t.; er erlangt in einem für den Geschäftsherrn geführten Proceß mehr, als dem Geschäftsherrn dem Rechte nach gebührt, l. 8 §. 1 D. h. t. Umgekehrt braucht er auch nicht herauszugeben, was er zwar aus dem Vermögen des Geschäfts-

nur dann, wenn der Geschäftsherr diese Rechtshandlung genehmigt und sie damit als auch für sich verbindlich anerkennt[10].

2. Der Geschäftsführer hat seinerseits gegen den Geschäftsherrn einen Anspruch auf Ersatz desjenigen, was er aus seinem Vermögen für den Geschäftsherrn aufgeopfert hat[11], und zwar mit Zinsen[12], — jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen. a) Der Geschäftsführer muß die Aufopferung mit dem Willen gemacht haben, den Geschäftsherrn zum Ersatz zu verpflichten[13], also namentlich nicht in Schenkungsabsicht[14], oder zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit[15]. b) Die Aufopferung muß,

---

herrn, aber nicht auf Grund seiner Geschäftsthätigkeit in Händen hat, l. 19 §. 3 D. h. t.

[10] Einziehung von Forderungen: l. 8 pr. l. 9 l. 24 D. l. 9 C. h. t., l. 62 D. de sol. 46. 3; l. 6 §. 9. 10 D. h. t., l. 14 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 80 §. 5 D. de furt. 47. 2. Verkauf: l. 9 D. l. 19 C. h. t., l. 3 C. de R. V. 3. 32, l. 20 C. fam. herc. 3. 36. Ankauf für Rechnung des Geschäftsherrn: Seuff. Arch. XVII. 241. Ueber den Gegensatz zwischen l. 9 D. cit. und l. 60 D. de R. I. 50. 17 vgl. Vangerow §. 664 Anm. Nr. III.

[11] Actio negotiorum gestorum contraria, §. 1 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, l. 10 pr. D. h. t. Die actio negotiorum gestorum contraria kann möglicherweise in einem gegebenen Fall bei der Geschäftsführung nicht begründet sein. Aber nicht minder kann in einem gegebenen Fall auch die actio negotiorum gestorum directa wegfallen. Die Geschäftsführung kann möglicherweise nur darin bestehen, daß für einen Andern etwas aufgeopfert wird. — Die Aufopferung kann möglicherweise auch in dem bloßen Uebernehmen einer Verpflichtung bestehen, l. 2 D. h. t.

[12] L. 19 §. 4 D. l. 18 C. h. t., l. 37 D. de usur. 22. 1. Vgl. Seuff. Arch. III. 50, VI. 35.

[13] — „recipiendi animo“, l. 11 C. h. t.; — „quasi recepturus“, l. 13 C. h. t., l. 14 §. 7 D. de relig. 11. 7; — „ut repetiturus“, l. 15 C. h. t. Beweis: Seuff. Arch. I. 57, II. 43, III. 52, VIII. 130, IX. 29, XI. 240. S. auch die in Note 15 citirten Erkenntnisse.]

[14] „Donandi animo“, l. 12 C. l. 4 D. h. t. Vgl. l. 5 §. 3 l. 7 pr. §. 5 l. 10 §. 2. 10 l. 11 D. de in rem verso 15. 3 in Verbindung mit l. 3 §. 2 eod. (§. 483 Note 2).

[15] Mag die Verbindlichkeit eine juristische sein, oder nur eine natürliche. In den Quellen ist namentlich häufig von dem Fall die Rede, wo ein Familienglied eine Aufopferung für ein anderes Familienglied mit Rücksicht auf das zwischen ihnen bestehende nahe Verhältniß macht. Doch bleibt es freilich in diesem Fall dahingestellt, ob nicht die Schenkungsabsicht überwiegt. L. 27 §. 1 l. 34 D. l. 1. 11. 13. 15 C. h. t., l. 14 §. 7—9. 13 D. de relig. 11.

sowohl an und für sich als in Betreff ihres Maßes[16], im Interesse des Geschäftsherrn gelegen haben, so daß derselbe, wenn er die Verhältnisse gekannt hätte, sie auch selbst gemacht oder doch gebilligt haben würde[17]. Deßwegen steht dem Geschäfts-

---

7. Vgl. l. 5 C. h. t., l. 44 D. h. t. Busch in Elvers Themis II. 21, v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen I S. 218 fg., Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VII. 1, Reinhard das. VIII S. 74 fg. Seuff. Arch. I. 83. 348, II. 44, IV. 52, V. 15, VI. 36. 193, XI. 240, XII. 29. 164, XIV. 145, XVII. 49. 50, XX. 126. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck II Nr. 96. — Ist auf Grund einer irrig angenommenen Verbindlichkeit geleistet worden, so ist zwar ein Rückforderungsrecht begründet, aber nicht die actio negotiorum gestorum, sondern die condictio indebiti. (Zu unterscheiden der Fall, wo der Irrthum sich nicht auf die Verpflichtung zur Aufopferung, sondern auf die Verpflichtung zur Besorgung der fremden Angelegenheiten bezieht [§. 431 Note 1].) — S. noch l. 60 §. 1 D. mand. 17. 1 (§. 431 Note 10).

[16] L. 25 l. 31 §. 4 D. h. t.

[17] Daß die Aufopferung im Interesse des Geschäftsherrn gelegen haben müsse, drücken die Quellen so aus: es müsse ein utiliter gestum vorliegen, l. 2 l. 10 §. 1 l. 12 §. 2 l. 45 pr. D. l. 2. 10. 11. 24 C. h. t. Die utilitas ist aber nicht nach objectiven Rücksichten zu bestimmen, sondern eben mit Rücksicht auf die besondere Lage des Geschäftsherrn. L. 3 §. 4 D. de in rem verso 15. 3: — „nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset" (vgl. vorher: „quia nec procurator haec imputaret", und §. 2 eod.). L. 43 D. h. t.: der Geschäftsführer tilgt eine Schuld des Geschäftsherrn; er hat ein Rückforderungsrecht, „nisi si quid debitoris interfuit, eam pecuniam non solvi". L. 10 §. 1 D. h. t.: — „non . . . utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias, aggreditur". Die Nothwendigkeit der Aufopferung wird auch in andern Stellen betont (l. 22 l. 31 §. 7 l. 46 D. h. t.), in dem Sinne, daß durch dieselbe aller Streit darüber, ob der Geschäftsherr die Aufopferung auch selbst gemacht haben würde, ausgeschlossen wird. Einzelnes: l. 23 D. l. 3. 12. 16 C. h. t.; l. 40 D. h. t.; l. 10 §. 1 D. l. 10 C. h. t.; l. 45 D. h. t.; l. 2 C. h. t.; l. 27 pr. D. h. t. Vgl. ferner: l. 3 §. 3. 4. 7. 8. 10 l. 5 pr. §. 2 l. 7 §. 5 l. 9 l. 10 §. 1. 2 l. 19 D. de in rem verso 15. 3 (in Verbindung mit l. 3 §. 2 eod.); l. 38 D. de R. V. 6. 1, l. 13 §. 22 D. de A. E. V. 19. 1. Seuff. Arch. IX. 209. 285, XIX. 43. — Uebrigens herrscht über den Begriff des utiliter gestum keine Uebereinstimmung der Meinungen; s. die Uebersichten bei Ruhstrat Arch. XXXII S. 175 fg., Köllner S. 71 fg., Vangerow S. 523. 524. Zwar hat es nie ganz verkannt werden können, daß bei der actio negotiorum gestorum contraria Rücksicht auf den präsumtiven Willen des Geschäftsherrn genommen werden müsse; aber während eine Reihe von Schriftstellern dieses subjective Moment (mehr oder minder) auch zum entscheidenden Princip erhebt (Kritz, Cham-

führer um so eher ein Ersatzanspruch dann zu, wenn er sich auf den ausgesprochenen Willen des Geschäftsherrn berufen kann[18], so wie umgekehrt jeder Ersatzanspruch wegfällt, wenn der Ge-

---

bon, Ruhstrat, Dankwardt, Brinkmann, Köllner, Witte, Jacobi), betonen andere mehr das objective (Wächter, Leist, Vangerow, Holzschuher III S. 679 Note **), wobei sich denn freilich die Nothwendigkeit herausstellt, die bloße Nützlichkeit als Grund der actio negotiorum gestorum contraria nicht zuzulassen. — Diejenigen Schriftsteller, welche die Rücksicht auf den präsumtiven Willen des Geschäftsherrn in den Vordergrund stellen, streiten nun ferner darüber, in welcher Weise dieser Wille zur Construction des Rechtsverhältnisses zu verwerthen sei. Kritz faßt denselben als fingirtes Mandat auf, ebenso Dankwardt; Chambon als fingirte Genehmigung (die Genehmigung könne, wenn sie nicht wirklich ertheilt werde, erzwungen werden); Witte als fingirtes Mandat „oder vielmehr . . . Ratihabition". Ruhstrat's Auffassung ist folgende: in der Uebereinstimmung des Willens des Geschäftsherrn und des Geschäftsführers sei das materielle Substrat eines Vertrags gegeben; das Band, welches diesen beiden Willen zur wirklichen vertragsmäßigen Vereinigung fehle, supplire das Recht durch eine Fiction. Ebenso Brinkmann. Meiner Ansicht nach sind alle diese Constructionen verfehlt, aber auch unnöthig. Die actio negotiorum gestorum contraria repräsentirt einen selbständigen Rechtssatz, wie die actio negotiorum gestorum directa, und bedarf ebenso wenig, wie diese, der Zurückführung auf ein höheres Princip. So gut, wie das Recht von der einen Seite sagt: wer im Interesse eines Andern in dessen Angelegenheiten glaubt eingreifen zu müssen, soll dieß ordentlich thun — sagt es andererseits: wenn er dabei eine Aufopferung mit dem Willen macht, daß ihm das Aufgeopferte von dem Geschäftsherrn später solle ersetzt werden, so wird diesem Willen, obgleich derselbe nur ein einseitiger ist, dann Statt gegeben, wenn diese Aufopferung wirklich im Interesse des Geschäftsherrn lag. Vgl. l. 14 §. 1 D. comm. div. 10. 3: — „tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui"; l. 29 pr. eod.: — „eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget", l. 19 §. 2 D. h. t. In denjenigen Fällen, in welchen die actio negotiorum gestorum contraria auch bei Abwesenheit des animus obligandi gegeben wird (§. 431 Note 17. 18, vgl. Note 6. 11), hat sie nicht ihre eigenthümliche Natur, sondern ist nur eine andere Form für die condictio sine causa (§. 424 Note 1 a. E.) — Dabei läßt sich die Frage nicht abweisen, ob nicht die actio negotiorum gestorum contraria überhaupt auf den Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuführen sei? Es ist zu sagen, daß das römische Recht dieß möglicherweise hätte thun können (§. 421 Note 13), aber ebenso gewiß nicht gethan hat. Vgl. in dieser Beziehung auch noch l. 29 pr. D. comm. div. 10. 3 (vv. *denique ea actione pupillum teneri dicimus*") in Verbindung mit den in Note 24 genannten Stellen.

[18] Mag der Wille vorher ausgesprochen worden sein (l. 31 pr. D. h. t.,

schäftsführer die Aufopferung gegen ein Verbot des Geschäftsherrn gemacht hat[19]; von welchem letzteren Satze jedoch eine Ausnahme in dem Fall gilt, wo Jemand für den Verpflichteten einen Leichnam bestattet hat[20]. Irrige Annahme, die Aufopferung liege im Interesse des Geschäftsherrn, hilft dem Geschäftsführer nicht, selbst dann nicht, wenn sein Irrthum entschuldbar war[21]. Lag dagegen die Aufopferung wirklich im Interesse des

---

l. 5 pr. eod., vgl. l. 3 §. 4. 6 D. de in rem verso 15. 3), oder nachher (Genehmigung — l. 9 l. 10 pr. D. h. t.).

[19] L. 24 C. h. t., l. 8 §. 3 l. 3 l. 31 §. 4 D. eod., l. 14 §. 13 D. de relig. 11. 7, l. 40 D. mand. 17. 1. Vgl. Kämmerer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 170 Note 7; Marezoll Arch. f. civ. Pr. VIII S. 265, Chambon S. 80, Köllner S. 87.

[20] Für diesen Fall hatte der Prätor eine besondere actio, actio funeraria aufgestellt, l. 12 pr. §. 2 vgl. l. 14 §. 13 D. de relig. 11. 7. Vgl. über dieselbe auch Schneider subsidiäre Klagen S. 500 fg. Verpflichtet zur Leichenbestattung ist aber (nicht der nächste Verwandte, sondern) derjenige, welcher das Vermögen des Verstorbenen erhält, also der Erbe (l. 12 §. 4 l. 14 §. 1. 13 D. de relig. 11. 7), daneben auch derjenige, an welchen durch den Tod der Frau die Mitgift fällt (l. 16—20 l. 22—30 D. eod.); ist kein Vermögen vorhanden, der Vater, welcher den Verstorbenen in der Gewalt hatte (l. 21. 28 eod.), zuletzt der Ehegatte (l. 28 eod.). Ueber das, was zu den Leichenbestattungskosten gehört, s. Walther Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII. 13. — Eine fernere Ausnahme macht für die Erfüllung fremder gesetzlicher Verpflichtungen, wenn ein öffentliches Interesse die Erfüllung derselben verlangt, mit Rücksicht auf l. un. §. 3 D. de via publ. 43. 10, das Erkenntniß bei Seuff. Arch. III. 51 und XIV. 94, für die Erfüllung fremder gesetzlicher Verpflichtungen überhaupt das Erkenntniß XI. 37. Vgl. Holzschuher III S. 685 Nr. 8.

[21] L. 10. §. 1 i. f. D. h. t. „Ego quaero, quid si putavit, se utiliter facere, sed patrifamilias non expediebat? Dico, hunc non habere negotiorum gestorum actionem“. Wächter Anm. 22 (S. 352) und Anm. 15 a. E. (S. 346), Chambon S. 71. 72, Ruhstrat Arch. XXXII S. 193—195, Dankwardt S. 15, Leist S. 122, Köllner S. 84. In seiner Schrift über die negotiorum gestio (S. 26. 32 fg.) will Ruhstrat eine Ausnahme für den generellen negotiorum gestor machen: bei diesem komme es nur darauf an, ob der Geschäftsherr die Uebernahme der Verwaltung selbst genehmigt haben würde; stehe dieß fest, so sei der negotiorum gestor zu jeder an und für sich verständigen Verwaltungshandlung befugt. Ich halte diese Ausnahme nicht für gerechtfertigt; aber freilich kann nicht bloß der generelle, sondern ein jeder negotiorum gestor sich den Ersatz für solche Auslagen, welche nicht im Sinne des Geschäftsherrn lagen, durch den Nachweis sichern,

und kann Ersatz für alle Aufopferungen verlangen, welche er ohne Arglist gemacht hat[14].

c. Wer fremdes Vermögen arglistigerweise als eigenes behandelt, haftet[15] für den nachtheiligen Erfolg seiner Handlungen auch dann, wenn er an demselben nicht Schuld ist[16], und kann Ersatz für seine Aufopferungen nur insoweit verlangen, als der Eigenthümer durch den Erfolg derselben noch jetzt bereichert ist[17].

d. Wer fremdes Vermögen im Glauben, es sei sein eigenes, als eigenes behandelt, haftet dem Eigenthümer und ist berechtigt gegen denselben nur nach dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung[18].

---

[14] Für diesen Fall hatte der Prätor in seinem Edict eine besondere actio aufgestellt (l. 9 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5): — „nam negotiorum gestorum agere non magis potest, quam si socius commune aedificium fulsit, quia hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur" (l. 9 §. 4 eod.); aber: „omne, quod in actionem negotiorum gestorum veniret, si posset agi, restituendum a creditore" (l. 14 §. 1 eod.). Ueber die im Texte bezeichneten Eigenthümlichkeiten dieser actio in factum s. l. 9 §. 2. 4. 5 eod., und vgl. im Allgemeinen l. 9. 10. 11 eod.

[15] L. 6 §. 3 D. h. t. „Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse; qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione". Vgl. Seuff. Arch. XIII. 156 (S. 218).

[16] L. 32 pr. D. h. t., l. 6 §. 2 D. comm. div. 10. 3.

[17] Die l. 6 §. 3 D. h. t. (Note 15) fährt fort „Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet in me actionem". Die improba negotiorum gestio soll hier offenbar einer besondern Behandlung unterworfen werden; deßwegen darf nicht angenommen werden, daß die Bereicherung in die Ersparung einer Ausgabe gesetzt werde, welche auch der Eigenthümer gemacht haben würde. Doch gibt die l. 5 C. de R. V. 3. 32 dem unredlichen Besitzer einer fremden Sache wegen der necessarii sumtus ein Retentionsrecht schlechthin.

[18] Die actio negotiorum gestorum ist in diesem Fall, wie in dem Falle der Note 17, nur eine andere Form für die condictio sine causa (§. 424 Note 1 a. E.). a. Verhaftung. L. 49 D. h. t. „Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset

C. Vormundschaft und Güterpflege*.

1. Vormundschaft über Unerwachsene.

Einleitung.

§. 432.

Der Ausdruck Vormund[1] bezeichnet eine Person, welche zur Sorge für Jemanden, der selbst für sich zu sorgen nicht vermag,

---

meum, gessisses". Nach dem Recht der negotiorum gestio würde der Eigenthümer ein Recht auf Herausgabe des Kaufpreises auch vor Untergang der Sache haben (§. 430 Note 9). In l. 23 D. de R. C. 12. 1 wird denn auch für den bezeichneten Fall geradezu eine condictio gegeben (§. 422 Note 4. b, vgl. §. 421 Note 17): b. Berechtigung. Die l. 49 D. cit. fährt fort: — „sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam esse putares, res tuas proprias legatas solvisses, quando quidem ea solutione liberarer" (§. 426 Note 10). L. 14 §. 11 D. de relig. 11. 7. „Si quis, dum se heredem putat, patremfamilias funeravit, funeraria actione uti non poterit, quia non hoc animo fecit, quasi alienum negotium gerens, et ita Trebatius et Proculus putat. Puto tamen et ei ex causa dandam funerariam" (vgl. §. 15 eod., Note 6). L. 32 pr. eod., l. 50 §. 1 D. de H. P. 5. 3. — Doch ist Streit darüber, wie weit man auf Grund dieser Stellen gehen dürfe. Eine Reihe von Schriftstellern will bei den speciellen in denselben genannten Fällen stehen bleiben; so, wenn auch im Einzelnen abweichend, Kämmerer in dem bei * citirten Aufsatz, Chambon S. 140 fg., Witte §. 4. 5, und theilweise auch Köllner S. 29 fg. 42 fg. 48 fg., welcher letztere Schriftsteller l. 49 cit. durch eine mehr als kühne Interpretation ganz zu beseitigen sucht. Andere, wie namentlich Vangerow, leiten aus jenen Stellen nur die Regel her, daß der Eigenthümer die durch Tilgung von Verpflichtungen ihm zugegangene Bereicherung ersetzen müsse. Auf die Bereicherung als solche, jedoch theilweise nicht ohne Abweichungen im Einzelnen, stellen die Regel Leist S. 135 fg., Ruhstrat XXXIV S. 68 fg., Brinkmann S. 19 fg., Stintzing Heid. krit. Zeitschr. III S. 170 fg. IV S. 233 fg. Schwierigkeit machen dabei allerdings die Stellen, welche von dem Ersatz der von einem gutgläubigen Besitzer auf fremde körperliche Sachen gemachten Verwendungen handeln (§. 422 Note 7), insofern als dieselben nur ein Retentions-, kein Klagerecht bewilligen. Aber jedenfalls bewilligen sie doch einen Anspruch, und so erscheint es viel unbedenklicher, in ihnen eine Ausnahme von der Regel zu sehen, als umgekehrt den Ausdruck der Regel, daß die wirkliche Bereicherung an und für sich nicht zurückgefordert werden könne. — Das Nähere der Dogmengeschichte, in Betreff der actio directa und contraria, s. in der Schrift von Aarons.

unter staatlicher Autorität berufen ist, und ihr Amt unter staatlicher Aufsicht verwaltet[2]. Die Vormundschaft begründet ein Verpflichtungsverhältniß zwischen dem Mündel und dem Vormund in ähnlicher Weise, wie ein Verpflichtungsverhältniß durch den übernommenen Auftrag und die freiwillige Besorgung fremder Angelegenheiten begründet wird[3]. Die Vormundschaft begründet ferner ein Recht des Vormundes, den Mündel bei Rechtshandlungen zu vertreten, und über sein Vermögen zu verfügen. Diese beiden Seiten der Vormundschaft sind hier darzustellen. Eine andere Seite der Vormundschaft, kraft deren dieselbe dem Vormund auch die Pflicht und die Macht gibt, für die Person des Mündels zu sorgen, gehört nicht an den gegenwärtigen Ort des Systems, sondern in das Familienrecht[4]. —

---

* Inst. 1. 13—26. Dig. lib. 26. 27. Cod. 5. 28—75. — Rudorff das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt. 3 Bde. 1832—34. Rec. des ersten Bandes von Bethmann-Hollweg, Rhein. Mus. VI S. 206—256. — Kraut die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. 3 Bde. 1835. 1847. 1859. — Glück XXVIII S. 435 — XXXIII S. 310. Heimbach im Rechtslex. XIII S. 327—964. Unterholzner II S. 628—650, Sintenis III §. 144—157, Vangerow I §. 261—294.

[1] S. über diesen Ausdruck Kraut I S. 1. §. 432.

[2] Pr. I. de excus. 1. 25: — „nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse“. — Die Sorge, welche der Staat darauf richtet, daß ein Vormund vorhanden sei, und daß derselbe sein Amt ordentlich verwalte, nennt man die Obervormundschaft. Rudorff I §. 2, Kraut I §. 9. 10. Es ist eine der wichtigsten legislatorischen Fragen, wie weit die Obervormundschaft gesteigert werden soll. Das heutige gemeine Recht geht darin weiter, als das römische, und Particularrechte sind noch weiter gegangen.

[3] Das Verpflichtungsverhältniß zwischen dem Vormund und dem Mündel ist, wie das durch die freiwillige Geschäftsbesorgung begründete (§. 430 Note 2) „quasi ex contractu“, §. 2 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, l. 5 §. 1 D. de O. et A. 44. 7.

[4] Nach dieser Seite betrachtet ist die Vormundschaft eine künstliche Ergänzung des durch das Aelternverhältniß gewährten Schutzes. — Die Meisten (anders von den Neueren nur Unterholzner und Puchta) handeln die Vormundschaft auch nach ihrer vermögensrechtlichen Seite im Familienrecht ab. Hierfür spricht die Analogie der Ehe, bei welcher das gleiche Verfahren ganz allgemein eingehalten wird. Doch verzweigen sich die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe weiter über das ganze Rechtssystem, als die der Vormundschaft, welche letztere sich an Auftrag und negotiorum gestio so natür-

Unter den einzelnen Fällen der Vormundschaft ist der bei weitem wichtigste und der rechtlich am meisten ausgebildete der der Vormundschaft über Unerwachsene.

Unerwachsene stehen unter Vormundschaft bis zum vollendeten 25. Jahr[5].[6] Innerhalb dieser Grenze unterschied das römische

lich anschließt, daß sie nicht ohne Gewaltsamkeit davon getrennt werden kann. Allerdings gehört strenge genommen in das Obligationenrecht nur das durch die Vormundschaft begründete Verpflichtungsverhältniß, nicht auch das Vertretungs- und Verfügungsrecht des Vormundes. Aber noch viel weniger gehört diese letztere Seite der Vormundschaft in das Familienrecht; ihre eigentliche Stelle wäre im allgemeinen Theil, wo sie nur aus Zweckmäßigkeitsgründen nicht (näher) abgehandelt wird. So sehr es sich aber empfiehlt, die vermögensrechtliche Seite der Vormundschaft im Obligationenrechte abzuhandeln, so wenig halte ich es für gerechtfertigt, sie, wie dieß Puchta thut, aus dem Familienrechte ganz auszuweisen. Die Vormundschaft wird also in diesem Lehrbuche im Familienrecht noch einmal erscheinen. Bei dieser Anordnung entsteht nur die Frage, an welchem Orte die Grundsätze über die Begründung und Beendigung der Vormundschaft vorgetragen werden sollen. Da kein Grund vorhanden ist, die Darstellung dieser Grundsätze zu verschieben, umgekehrt das Verständniß des Folgenden mannichfach durch die Kenntniß derselben bedingt ist, so werden sie sogleich hier vorgetragen. Vgl. noch Sintenis III §. 130 Anm. 2, Böcking Grundr. II §. 293 Note 1, Kuntze In systemate iuris civilis hodierni doctrina de tutela num iuri obligationum adscribenda sit. Lipsiae 1851.

[5] Der Minderjährige (minor XXV annis) ist unmündig, der Großjährige (maior XXV annis) ist mündig. Vgl. I §. 54 Note 6. 8. — Nach älterem römischem Recht konnte der Unerwachsene nur dann einen Vormund haben, wenn er keiner väterlichen Gewalt unterworfen war, vgl. pr. I. de tutelis 1. 13, l. 239 pr. D. de V. S. 50. 16. Dieß hatte seinen Grund darin, daß der unter väterlicher Gewalt Stehende nicht fähig war, etwas Eigenes zu haben. Seit derselbe Vermögensfähigkeit erlangt hat, ist zu unterscheiden zwischen dem s. g. peculium adventicium ordinarium einerseits, und dem s. g. peculium adventicium extraordinarium so wie dem peculium castrense und quasi castrense andererseits. Das Erstere steht auch jetzt nicht unter Vormundschaft, sondern unter selbstnütziger väterlicher Verwaltung; für die anderen Peculien aber bekommt das Kind in der That einen Vormund (curator) obgleich das römische Recht den Vater, wenn von ihm die vormundschaftliche Verwaltung geführt wird, nicht so nennt. L. 8 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1, vgl. l. 7 pr. C. de cur. fur. 5. 70. Vgl. Glück XIV S. 390, Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 441. 442, Vangerow I §. 237 Anm. 2 Nr. 2, Sintenis III §. 141 Note 52. — Handlungsunfähigkeit des unter väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen und

Recht noch zwischen den Geschlechtsunreifen und den Geschlechtsreifen. Die Vormundschaft über jene hieß tutela, und trat mit Nothwendigkeit ein; die Vormundschaft über diese hieß cura, und trat nur dann ein, wenn der Unerwachsene sie begehrte[7]. Doch war die rechtliche Stellung des tutor und des curator im Uebrigen die gleiche[8], eine verschiedene nur bei der Mitwirkung zu

---

Ergänzung derselben durch den Vater: Kraut II §. 108; Seuff. Arch. VII. 197, XIII. 241, XV. 113.

[6] Von der Regel, daß Minderjährige unter Vormundschaft stehen, macht Kraut II S. 182 fg. 667 fg. für das heutige Recht eine Ausnahme in Betreff der verheiratheten Mündelin, so wie in Betreff des Sohnes, welcher durch Begründung eines selbständigen Haushaltes aus der väterlichen Gewalt ausgeschieden ist, — mit Berufung auf älteres deutsches Recht und gemeines Gewohnheitsrecht. Ebenso (im Ausdruck auch den Fall der Emancipation mit umfassend) Seuff. Arch. XIII 241 (S. 339); ferner das. XVI. 96, wo aber angenommen wird, daß mit Auflösung der Ehe für die minderjährige Frau wieder Vormundschaft eintrete. Vgl. auch §. 437 Note 5.

[7] Die tutela ist das ältere Rechtsinstitut; die cura ist zuerst als Unterstützung der Minderjährigen bei einzelnen Rechtsgeschäften durch die lex Plaetoria (nicht später als die zweite Hälfte des 6. Jahrh. der Stadt), als generelle Geschäftsführung durch eine Constitution des K. Marcus eingeführt worden. Capitol. in Marco c. 10. Doch wurde auch nach dieser letzteren Constitution dem minor ein curator nur auf sein Begehren gegeben. „Inviti adolescentes curatores non accipiunt . .“, §. 2 I. de cur. 1. 23; s. ferner l. 13 §. 2 D. de tut. dat. 26. 5, l. 2 §. 4. 5 D. qui petant 26. 6, l. 6 C. eod. 5. 31. Von der andern Seite war es die Pflicht des abtretenden tutor, den Mündel zur Erbittung eines curator zu ermahnen (l. 5 §. 5 D. de adm. 26. 7), und nur einem solchen brauchte der tutor das Vermögen des Mündels herauszugeben (l. 7 C. qui petant 5. 31), so wie der minor auch zu jeder anderen Zahlungsannahme (l. 7 §. 2 D. de min. 4. 4), und ferner zur Proceßführung (§. 2 I. de cur. 1. 23, l. 1 C. qui pet. 5. 31), eines curator bedurfte. So erklärt es sich, daß trotz der dem minor eingeräumten Freiheit unsere Quellen es als das Regelmäßige ansehen, daß er unter cura stehe. S. namentlich l. 1 §. 3 l. 2 l. 3 pr. D. de min. 4. 4. — Vgl. über das hier Gesagte vorzugsweise den Aufsatz von Savigny „über den Schutz der Minderjährigen im römischen Recht, und insbesondere von der lex Plaetoria“, zuerst in den Abhandl. der Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1833 S. 1 fg.; dann mit Zusätzen in der Zeitschrift f. gesch. RW. X S. 232 fg. und in den vermischten Schriften II S. 321 fg.), ferner Rudorff I S. 90 fg. 406 fg., Vangerow §. 291 Anm. 1.

[8] Man kann sagen: der tutor in seiner Eigenschaft als Vertreter des impubes und Verwalter seines Vermögens war sein curator, obgleich er nicht so hieß. Was ihn als tutor auszeichnete, war lediglich das Recht der Er-

den Rechtshandlungen des Mündels[9]. Heutzutage hat jeder Unerwachsene bis zum vollendeten 25. Jahre einen **Vormund**[10], und es tritt weder, wenn schon vor der Geschlechtsreife eine Vormundschaft bestand, mit der Geschlechtsreife ein Wechsel der Person ein[11], noch erfolgt, wenn das Bedürfniß der Vormundschaft sich erst nach erreichter Geschlechtsreife ergibt, die Berufung zur Vormundschaft nach anderen Grundsätzen, als die Berufung zur Vormundschaft über einen Geschlechtsunreifen[12].

---

gänzung der Handlungsunfähigkeit des impubes durch auctoritatis interpositio. In diesem Sinne ist der früher häufig mißverstandene Satz zu verstehen: tutor personae, non rei vel causae datur (l. 14 D. de tut. 26. 1, §. 4 I. qui test. tut. 1. 14). Im älteren Recht gab es Tutoren — die Tutoren geschlechtsreifer Frauen — welche lediglich auctoritatis interpositio, nicht Vermögensverwaltung hatten. Ulp. XI. 25, Gai. I. 190. 191. — Vgl. über das hier Gesagte **Vangerow** §. 263 Anm., und aus der von ihm verzeichneten Literatur namentlich den Aufsatz von v. **Löhr** im Magazin f. RW. u. Gesetzg. III S. 15 fg. 435 fg.

[9] Die Mitwirkung des tutor bestand in der auctoritatis interpositio, d. h. einer unmittelbaren Theilnahme an der Rechtshandlung des impubes, durch welche Theilnahme dessen Handlungsunfähigkeit ergänzt werden sollte (Note 8). Die Mitwirkung des curator war ein gewöhnlicher consensus, durch welchen der Mangel der Verfügungsgewalt des minor gehoben werden sollte, und welcher sich in Nichts von der Gestattung unterschied, wodurch z. B. der Eigenthümer die Verfügung des Nichteigenthümers zu einer rechtlich wirksamen macht. Vgl. §. 442 Note 3.

[10] R. P. O. v. 1548 Tit. 31 §. 1. v. 1577 Tit. 32 §. 1: — „so wöllen wir allen und jeden Churfürsten, Fürsten, Prälaten, Herren, Grafen, von Adel, und Communen hiermit ernstlich aufferlegt und befohlen haben, in ihren Fürstenthumen, Herrschaften, Obrigkeiten und Gebieten dermaßen Vorsehung zu thun und zu verordnen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren Vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen nit verordnet, oder ihre angeborne Freund und Verwandten sich der Vormündschaft aus rechtmäßigen Ursachen nit unterziehen wollten oder darzu füglich und geschickt wären, gegeben werden". — Im älteren deutschen Recht kommt ein ähnlicher Gegensatz vor, wie der römische zwischen dem impubes und dem minor, der Gegensatz zwischen demjenigen, welcher „zu seinen **Jahren**", und demjenigen, welcher „zu seinen **Tagen**" gekommen ist; jener bedarf eines Vormundes, dieser kann einen Vormund haben, wenn er will. Vgl. über das Nähere **Kraut** I §. 12—16, **Rudorff** I S. 109 fg.

[11] **Kraut** II S. 163, **Rudorff** I S. 116.

[12] R. P. O. a. a. O. (Note 10). **Kraut** II S. 235. 258; **Rudorff** I S. 116.

a. Begründung der Vormundschaft.

α. Berufung.

§. 433.

Die Berufung[1] zur Vormundschaft über einen Unerwachsenen erfolgt durch letzten Willen, Gesetz, obrigkeitliche Ernennung[2].

1. Zuerst wird zur Vormundschaft berufen der letztwillig Ernannte[3]. Das Recht zur letztwilligen Ernennung hat nur der Vater bez. Großvater ꝛc., in dessen Gewalt das Kind steht[4]. Die Ernennung muß in einem gültigen und durch Erbschaftsantritt zur Wirksamkeit gelangenden Testament[5], oder in einem testamentarisch bestätigten Codicill geschehen[6]; sie kann nicht auf einzelne Sachen oder Geschäfte beschränkt werden[7]; der Ernannte muß

---

[1] Tutela, cura defertur. S. z. B. l. 7 pr. D. de cap. min. 4. 5, l. 1 pr. l. 3 pr. l. 6 D. de leg. tut. 26. 4. §. 433.

[2] Nach heutigem Recht auch durch Vertrag? S. Kraut I §. 28, Beseler deutsch. Privatr. §. 146. IV, Holzschuher III S. 775. — Die römische cura hatte nur Einen Berufungsgrund: Ernennung (bez. Bestätigung [Note 10]) durch die Obrigkeit.

[3] Dig. 26. 2 Cod. 5. 28 de testamentaria tutela. Glück XXIX S. 197 fg., Rudorff I S. 266 fg., Kraut I S. 258 fg.

[4] L. 1. 2 D. h. t., l. 73 §. 1 D. de R. I. 50. 17, §. 3. 4 I. de tut. 1. 13; Gai. I. 144—146, Ulp. XI. 15. Dieses Recht des Vaters war durch die 12 Taf. garantirt, Ulp. XI. 14, l. 1 pr. D. h. t., l. 53 pr. l. 120 D. de V. S. 50. 16. Ueber und gegen die Ansicht, daß durch die R. P. O. a. a. O. (§. 432 Note 10) die Mutter dem Vater gleichgestellt worden sei, s. Kraut I S. 259 fg.

[5] Erforderlichkeit der Erbeseinsetzung: l. 53 pr. D. de V. S. 50. 16; — des Erbschaftsantritts: l. 9 D. h. t., l. 45 §. 1 D. de excus. 27. 1. Ist es noch ungewiß, ob der Erbschaftsantritt erfolgen wird, so wird ein interimistischer Vormund durch die Obrigkeit ernannt, l. 10 pr. D. h. t. (Note 25).

[6] L. 3 pr. D. h. t. — Bedarf auch die Ernennung selbst einer Form? L. 1 §. 1 D. de conf. tut. 26. 3 schließt verba precativa aus (vgl. Gai. II. 289); aber nach l. 15 C. de test. 6. 23 und l. 21 C. de leg. 6. 37 muß wohl jeder Ausdruck des Willens des Erblassers für genügend gehalten werden; s. auch l. 8 C. h. t. Rudorff I S. 308. A. M. Sintenis § 147 Anm. 10. — Anwendung des Libonianischen Senatsschlusses: l. 29 D. h. t., l. 18 §. 1 D. de lege Corn. de fals. 48. 10.

[7] L. 12—15 D. h. t., §. 4 I. qui test. 1. 14. Rudorff I S. 287 fg. — Beschränkung durch Bedingung und Befristung ist zulässig: l. 8 §. 1. 2 l. 11 pr. D. h. t., §. 3 I. qui test. 1. 14.

individuell bezeichnet[8], und erbfähig[9] sein. Eine ungültige letztwillige Ernennung kann aber, mit Ausnahme des Falles, wo sie wegen Unfähigkeit des Ernannten ungültig ist (§. 434 Nr. 1 a. c), von der Obervormundschaftsbehörde bestätigt werden[10]. Diese Bestätigung erfolgt, wenn die Ernennung vom Vater 2c. ausgegangen ist, ohne Weiteres, Tauglichkeit des Ernannten vorausgesetzt[11]; wenn von der Mutter, nur unter der Voraussetzung gleichzeitiger Erbeseinsetzung des Kindes durch dieselbe[12]; wenn von einem Fremden, nur unter dieser und der ferneren Voraussetzung, daß das Kind kein weiteres Vermögen hat[13]. Die Be-

---

[8] L. 20 pr. D. h. t., §. 27 I. de leg. 2. 20.

[9] L. 21 D. h. t.

[10] Dig. 26. 3 de confirmando tutore vel curatore. Cod. 5. 29 de confirmando tutore. Einzelne Fälle der Bestätigung aus den Quellen: l. 1 §. 1 D. h. t., l. 13 §. 12 D. de excus. 27. 1; §. 5 I. de tut. 1. 13, l. 7 pr. D. l. 4 C. h. t., Nov. 89 c. 14, l. 2. 4 D. h. t.; l. 3 D. l. 2 C. h. t.; l. 6 D. h. t., l. 40 D. de adm. 26. 7; l. 29 D. de test. tut. 26. 2, l. 18 §. 1 D. de lege Corn. de fals. 48. 10; l. 26 l. 31 D. de test. tut. 26. 2. — Der Ausdruck confirmatio, obgleich in den Quellen durchgehends gebraucht, und daher auch hier in der deutschen Bezeichnung festgehalten, ist ungenau. Durch die confirmatio wird nicht die letztwillige Ernennung zu einer gültigen gemacht, sondern der confirmirte Vormund ist ein obrigkeitlich berufener, l. 26 §. 2 D. de test. tut. 26. 2, l. 18 §. 1 D. de lege Corn. de fals. 48. 10. Dieß (obgleich bestritten, vgl. Rudorff I S. 329 fg., Vangerow §. 264 Anm. a. E., Sintenis §. 147 Note 39) ist deßwegen nicht weniger wahr, weil er auf Grund des, wenn auch ungültigen, letzten Willens in einzelnen Beziehungen behandelt wird wie ein letztwillig berufener, l. 11 pr. D. h. t., l. 32—34 D. de excus. 27. 1, l. 5 §. 2 D. de his quae ut ind. 34. 9, l. 2. 3 l. 11 §. 1 D. h. t.; Vat. fr. §. 159. 211. 246. Die Analogie der l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16 (I §. 83 Nr. 2) hier zur Geltung zu bringen, ist äußerst bedenklich. Aber während sonst die obrigkeitliche Berufung nur in Ermangelung der gesetzlichen eintritt, tritt sie hier vor derselben ein: hierin liegt die rechtliche Bedeutung der Confirmation.

[11] Nach römischem Rechte wurde in diesem Falle auch die Tauglichkeit des Ernannten einer weiteren Prüfung nicht unterzogen, l. 1 §. 2 D. h. t., §. 5 I. de tut. 1. 13. Anders nach heutigem Rechte, nach welchem ohne eine solche Prüfung überhaupt kein Vormund zugelassen wird (§. 436 Note 2).

[12] L. 4 D. de test. tut. 26. 2, l. 4 C. eod. 5. 28 (Vangerow I S. 493).

[13] L. 4 vgl. l. 5 D. h. t. Fremder ist auch der Vater gegenüber dem unehelichen Kinde, l. 7 pr. D. h. t. (Rudorff I S. 317 Note 11, Vangerow I S. 492), Nov. 89 c. 14.

stätigung ist nicht bloß Recht, sondern auch Pflicht der Obervormundschaftsbehörde[14].

2. Gesetzliche Berufung[15] tritt ein: a) wenn gar keine letztwillige Ernennung vorliegt, oder die vorliegende ungültig ist und nicht bestätigt wird[15a]; b) wenn die Wirksamkeit der letztwilligen Ernennung durch die Wirkung einer ihr zugefügten Bedingung oder Befristung definitiv ausgeschlossen ist[16]; c) wenn der letztwillig ernannte Vormund stirbt[17]. Wenn dagegen der letztwillig ernannte Vormund ablehnt, oder zur Verwaltung der Vormundschaft untauglich ist oder wird, oder abgesetzt wird, so tritt nicht gesetzliche, sondern sofort obrigkeitliche Berufung ein[18]. — Berufen werden durch das Gesetz die nächsten Verwandten, in derjenigen Ordnung, in welcher sie auch zur Erbschaft berufen werden[19], jedoch mit folgenden Maßgaben. a) Berufen

[14] In einigen Stellen wird zwar nur gesagt, daß die Obrigkeit bestätigen dürfe, oder zu bestätigen pflege, l. 1 §. 1. 3 l. 4 D. l. 2 C. h. t. Aber andere Stellen reden zu bestimmt von einem Bestätigenmüssen, als daß an dem im Text aufgestellten Satz gezweifelt werden dürfte. S. §. 5 I. de tut. 1. 13, l. 3. 6 D. l. 4 C. h. t., l. 26 §. 2 D. de test. tut. 26. 2, l. 18 §. 1 D. de lege Corn. de fals. 48. 10; vgl. auch l. 16 D. de cur. fur. 27. 10, l. 7 §. 5 C. eod. 5. 70. Das Gewicht dieser Stellen wird auch durch l. 3 C. h. t. nicht aufgehoben, zu welcher zu vergleichen sind die Stellen in §. 437 Note 15. — Andere unterscheiden je nach den verschiedenen Fällen der Ungültigkeit zwischen einer confirmatio voluntaria und necessaria (vgl. Glück XXIX S. 281, Rudorff I S. 331, Sintenis III S. 198 in der Anm.); aber diese Unterscheidung findet in den Quellen keine Rechtfertigung, da die Quellen in Beziehung auf einen und denselben Fall sich in wechselnder Weise ausdrücken. — Der Bestätigungspflicht auf Seiten der Obervormundschaftsbehörde entspricht auf Seiten des Ernannten ein Recht auf Bestätigung, welches nöthigenfalls durch Rechtsmittel geltend gemacht werden kann (vgl. §. 435 Note 5).

[15] Glück XXIX S. 315 fg., Rudorff I S. 186 fg., Kraut I S. 244 fg.

[15a] S. Note 10 fg.

[16] L. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2, l. 9 §. 2 D. de tutelae 27. 3, §. 1 I. de Atil. tut. 1. 20. Bei Schweben der aufschiebenden Bedingung und vor Eintritt der aufschiebenden Befristung wird durch die Obrigkeit ein interimistischer Vormund ernannt (Note 25).

[17] L. 11 §. 3 D. de test. tut. 26. 2, l. 6 D. de leg. tut. 26. 4, §. 2 I. de leg. agn. tut. 1. 15. S. aber auch l. 11 §. 4 D. de test. tut. 26. 2, l. 4 C. in quib. cas. tutorem habenti 5. 36.

[18] L. 11 §. 1. 2 D. de test. tut. 26. 2, l. 10 §. 7 D. de excus. 27. 1, l. 17 D. de tut. 26. 1.

werden nur männliche Verwandte. Es können indeß Mutter oder Großmutter nach dem Tode ihrer Ehemänner verlangen, daß ihnen mit Ausschluß aller Seitenverwandten die Vormundschaft über ihre Kinder und Enkel obrigkeitlich übertragen werde[20]. b) Vater und Großvater haben ein Ausschlußrecht gegenüber den Geschwistern und Geschwisterkindern[21]; steht der Mündel in ihrer

---

[19] Das Recht vor der Nov. 118 berief zur Vormundschaft, mit einzelnen Ausnahmen zu Gunsten der Cognaten, die Agnaten (Inst. 1. 15, Dig. 26. 3, Cod. 5. 30, Rudorff I S. 206 fg.); die bezeichnete Novelle aber, nachdem sie bestimmt hat, daß für das Erbrecht lediglich die Cognation entscheiden solle, verfügt in c. 5: „unumquemque secundum gradum et ordinem, quo ad hereditatem vocatur, aut solum aut cum aliis etiam functionem tutelae suscipere, nulla neque in hac parte differentia introducenda de agnatorum seu cognatorum iure . . .“. Vgl. Seuff. Arch. IX. 176.

[20] Nov. 118 c. 5, und vgl. die Stellen in §. 434 Note 4. a) Mutter und Großmutter können verlangen, daß ihnen die Vormundschaft obrigkeitlich übertragen werde; das Gesetz beruft sie nicht, sondern gibt ihnen ein Recht auf Berufung. b) Dieses Recht steht ihnen nur zu „amissis viris“ und gegen Verzicht auf „aliae nuptiae“ (§. 434 Nr. 1. a), l. 2 C. quando mulier 5. 35, Nov. 118 c. 5; daher schließt der Vater die Mutter und der Großvater die Großmutter aus. c) Die Mutter geht dem Großvater vor, die Großmutter concurrirt mit dem Großvater der anderen Linie; denn das Gesetz gibt der Mutter und Großmutter Anspruch auf die Vormundschaft „secundam hereditatis ordinem“. Doch sind die Meinungen hier verschieden. Glück S. 59 fg., Vangerow S. 496, Rudorff I S. 258.

[21] Dieses Recht ist in der Nov. 118 c. 5 nicht ausdrücklich anerkannt; aber es lag gewiß nicht in Justinian's Sinne, daß Vater und Großvater in einer schlechteren Lage sein sollten, als Mutter und Großmutter. Er setzt den regelmäßigen Fall voraus, daß ein Bedürfniß zur Vormundschaft sich erst durch den Tod des Inhabers der väterlichen Gewalt ergibt („testamentariis solis tutoribus praecedentibus eas“). Die Analogie der Mutter und Großmutter führt aber über ein dem Vater und Großvater zustehendes Ausschluß**recht** nicht hinaus, so daß also die Berufung der Regel gemäß mit ihnen auch Geschwister und Geschwisterkinder trifft, und die Vormundschafts**pflicht**, wenn Vater und Großvater von ihrem Ausschlußrecht keinen Gebrauch machen wollen, auch diesen letzteren obliegt. — Doch herrscht auch über diesen Punkt keine Uebereinstimmung der Ansichten. Während andere dem Vater und Großvater allen Vorzug vor den Geschwistern und Geschwisterkindern absprechen, lassen noch Andere umgekehrt zwar nicht den Vater und Großvater überhaupt, aber doch den pater und avus emancipator mit Ausschluß der Geschwister und Geschwisterkinder **berufen** werden, indem sie nämlich annehmen, daß durch die Nov. 118 zwar die legitima tutela agnatorum, nicht aber die legitima tutela des Emancipators (Inst. 1. 18. 19) aufgehoben worden sei.

Gewalt, so werden sie vor den Geschwistern berufen[21a]. — Wenn der in der Berufungsordnung zunächst Stehende wegen Unfähigkeit nicht berufen wird, oder wenn der Berufene stirbt, so rückt die gesetzliche Berufung auf den Folgenden weiter, während im Falle der Ablehnung, Untauglichkeit oder Absetzung des Berufenen sofort obrigkeitliche Berufung eintritt[22].

3. Obrigkeitliche Berufung[23] tritt ein[23a]: a) wenn weder eine letztwillige noch eine gesetzliche Berufung vorliegt[24], oder so lange es noch ungewiß ist, ob eine solche vorliegt[25]; b) wenn der letztwillig oder gesetzlich berufene Vormund[26] die Vormundschaft ab-

---

Aber diese Behauptung ist unvereinbar mit der vollkommenen Gleichstellung der Berufung zur Erbschaft und zur Vormundschaft, welche das Princip der Justinianischen Neuerung bildet (Note 19). Vgl. über die verschiedenen Ansichten Thibaut civil. Abhandl. S. 297 fg., Rudorff S. 243, Vangerow §. 267 Anm., Sintenis §. 147 Anm. 24.

[21a] Dieß ist nach der Art, wie sich l. 8 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61 und l. 7 pr. C. de cur. fur. 5. 70 ausdrücken, nicht zu bezweifeln. Vgl. §. 432 Note 5.

[22] L. 17 D. de tut. 26. 1, l. 10 §. 7 D. de excus. 27. 1, und arg. l. 11 §. 1—3 D. de test. tut. 26. 2.

[23] Inst. 1. 20 de Atiliano tutore et eo qui ex lege Iulia et Titia dabatur. Dig. 26. 5 de tutoribus et curatoribus datis ab his qui ius dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possunt. Cod. 5. 34 qui dare tutores vel curatores possunt, et qui dari non possunt. — Glück XXIX S. 400 fg., Rudorff I S. 338 fg., Kraut I S. 278 fg.

[23a] Der von der Obrigkeit berufene Vormund wird in unseren Quellen als tutor oder curator dativus, seine Tutel als tutela dativa bezeichnet, l. 7 D. rem pup. 46. 6, l. 5 C. de leg. tut. 5. 30, l. 52 pr. C. de ep. et cler. 1. 3. Bei Gai. I. 154 und Ulp. XI. 14 wird auch der im Testamente ernannte Tutor tutor dativus genannt.

[24] — „si cui nullus omnino tutor sit". Gai. I. 185, pr. I. h. t. Eine ungültige letztwillige Berufung ist zwar rechtlich keine Berufung, schließt aber auf Verlangen des Bezeichneten die gesetzliche Berufung aus (Note 10). Eine ungültige gesetzliche Berufung gibt es nicht.

[25] L. 10 pr. l. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2, §. 1 I. h. t.

[26] An und für sich gilt der Grundsatz: tutorem (curatorem) habenti tutor (curator) non datur. L. 9 C. h. t., l. 9 C. qui petant 5. 31, l. 4 C. in quib. cas. 5. 36, l. 10 D. h. t., l. 37 D. de excus. 27. 1; l. 10 C. h. t. Rudorff I S. 377. Aber dieser Grundsatz wird im Bedürfnißfall verlassen. Cod. 5. 36 in quibus casibus tutorem vel curatorem habenti tutor vel curator dari potest. (Auch schloß er für die Römer die Bestellung eines curator neben einem tutor nicht aus, §. 5 I. de cur. 2. 23.)

lehnt[27], oder zur Verwaltung derselben untauglich ist oder wird[28], oder abgesetzt wird[29]; c) im Fall des Todes des letztwillig oder gesetzlich Berufenen bei Ermangelung einer gesetzlich zu berufenden Person[30]. Die obrigkeitliche Berufung kann nicht unter einer Bedingung oder Befristung[31], wohl aber für einen vorübergehenden Bedürfnißfall[32] erfolgen; auch kann sie auf bestimmte Sachen[33] oder Geschäfte[34] beschränkt werden. Zuständig für die Berufung ist das die Obervormundschaft führende Gericht; berufen kann dasselbe nur Personen, welche seinem Gerichtszwang unterworfen sind[35]. Die Berufung erfolgt von Amtswegen[36]; jedoch sind die Intestaterben und Pupillarsubstituten des Mündels verpflichtet[37], um Bestellung eines Vormundes für denselben binnen Jahresfrist nachzusuchen, bei Strafe des Verlustes ihres Erbrechtes,

---

[27] L. 4 C. tit. cit. 5. 36, l. 11 §. 1 D. de test. tut. 26. 2.

[28] §. 5 I. de cur. 1. 23, l. 17 D. de tut. 26. 1, l. 13 pr. eod., l. 10 §. 7 D. de excus. 27. 1, l. 4 C. tit. cit. 5. 36, l. 6 C. de susp. tut. 5. 43.

[29] L. 4 C. tit. cit. 5. 36, l. 11 §. 2 D. de test. tut. 26. 2.

[30] L. 4 C. tit. cit. 5. 36, l. 11 §. 3 D. de test. tut. 26. 2.

[31] L. 77 D. de R. I. 50. 17, l. 6 §. 1 D. de tut. 26. 1.

[32] S. z. B. l. 10 pr. l. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2; l. 10 §. 7 D. de excus. 27. 1, l. 9 §. 1 D. de tutelae 27. 3; l. 12 pr. D. de excus. 27. 1; l. 1 C. in quib. cas. tut. habenti 5. 36, §. 2 I. de excus. 1. 25; l. 28 §. 2 D. de excus. 27. 1, l. 2 D. h. t., l. 17 §. 1 D. de appell. 49. 1, l. 7 C. de susp. tut. 5. 43.

[33] L. 27 pr. D. h. t., l. 21 §. 2—4 D. de excus. 27. 1, l. 2. 11 C. eod. 5. 62, l. 3. 5 C. in quib. cas. tutorum habenti 5. 36, l. 9 §. 9 D. de adm. 26. 7; l. 8 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1.

[34] Hierher gehört namentlich der Vormund, welcher gegeben wird, wenn ein Proceß zwischen dem Mündel und dem ordentlichen Vormund geführt werden soll. Cod. 5. 44 de in litem dando tutore vel curatore, §. 3 I. de auct. tut. 1. 21. Rudorff I S. 389 fg. S. ferner Nov. 72 c. 2; l. 7. 9 D. h. t., l. 61 pr. D. de I. D. 23. 3. (Gai. I. 176—179. 180, Ulp. XI. 10. 22.)

[35] L. 5 C. h. t., l. 3 D. h. t.; l. 24 D. h. t.

[36] R. P. O. v. 1548 Tit. 31 §. 1. v. 1577 Tit. 32 §. 1. Das römische Recht sieht es als die Regel an, daß die Obrigkeit erst auf gestellten Antrag thätig wird. Vgl. mit Rudorff I S. 406 Glück XXX S. 93 fg. Darauf beruht auch, was in den Quellen über die Rangordnung der zur Erbittung eines Vormundes Berechtigten gesagt wird. L. 2 §. 3 D. qui petant 26. 6, l. 4. 10 C. eod. 5. 31. Rudorff I S. 417 fg.

[37] Dig. 26. 6 qui petant tutores et ubi petantur. Cod. 5. 31 qui petant tutores vel curatores.

wenn der Mündel vor Erreichung der Testamentsmündigkeit gestorben ist[38].

β. Fähigkeit und Tauglichkeit zur Vormundschaft*.

§. 434.

Wer unfähig zur Vormundschaft ist, wird vom Gesetz nicht berufen, die letztwillige oder obrigkeitliche Berufung eines Unfähigen ist nichtig. Wer untauglich zur Vormundschaft ist, wird trotz der erfolgten Berufung zur Vormundschaft nicht zugelassen bez. von derselben entfernt[1].

1. Unfähig zur Vormundschaft sind[2]:

a. Personen weiblichen Geschlechts[3]. Jedoch können Mutter und Großmutter nach dem Tode ihrer Ehemänner verlangen, zur Vormundschaft über ihre Kinder und Enkel zugelassen zu werden, wenn sie zu gerichtlichem Protokoll: 1) versprechen, sich nicht wieder verheirathen zu wollen, 2) dem Vellejanischen Senatsschluß

---

[38] L. 2 §. 1. 2 l. 4 D. h. t., l. 2 §. 23 sqq. D. ad SC. Tert. 38. 17, §. 6 I. eod. 3. 3, l. 11 C. h. t., l. 10 C. de leg. her. 6. 58, l. 3 C. ad SC. Tert. 6. 56. Die heutige Anwendbarkeit der bezeichneten Strafe ist nicht unbestritten. Vgl. Glück XXX S. 139 fg., Rudorff I S. 435. 436, Kraut I S. 283, Sintenis §. 148 Anm. 96.

* Glück XXIX S. 50 fg., Rudorff II S. 17 fg. §. 434.

[1] Die Neueren (vgl. Glück XXXI S. 192 fg., Rudorff II S. 15, Sintenis §. 146 Anm. 1) sprechen im Fall der Untauglichkeit von einer excusatio necessaria. Diese Bezeichnung, obgleich nicht ohne Anhalt in den Quellen (l. un. C. qui morbo 5. 67, §. 11 I. de excus. 1. 25, Vat. fr. §. 202; l. 1 §. 3 D. de post. 3. 1, l. 11 D. de decur. 50. 2), empfiehlt sich insofern nicht, als sie die Vorstellung zu erregen geeignet ist, daß der Untaugliche sich wegen Versäumniß der Vormundschaftspflichten verantwortlich mache, wenn er nicht um Entbindung von der Vormundschaft nachsuche; was nicht richtig ist. L. 13 §. 12 D. de excus. (vv. *aut quos non oportet*). Rudorff II S. 195.

[2] Andere zählen hierher außer den im Folgenden Genannten auch Bischöfe und Mönche, nach Nov. 123 c. 5. Aber das canonische Recht (c. 4 C. 16 qu. 1) hat dieser Novelle das ältere Recht der l. 52 pr. C. de ep. et cler. 1. 3 vorgezogen. S. Glück XXXI S. 300—325, Rudorff II S. 109—111.

[3] L. 1 C. quando mul. 5. 35, l. 18 D. de tut. 26. 1, l. 26 pr. D. de test. tut. 26. 2, l. 1 §. 1 l. 3 §. 4 l. 10 D. de leg, tut. 26. 4, l. 21 pr. D. de tut. dat. 26. 5. Ueber l. 16 pr. D. de tut. 26. 1 s. Rudorff I S. 250 Note 16.

und allen anderen weiblichen Rechtswohlthaten entsagen, 3) den Mündeln ihr gesammtes Vermögen ausdrücklich verpfänden[4]. Schreiten sie gegen ihr Versprechen dennoch zur zweiten Ehe, so verlieren sie die Vormundschaft wieder[5].

b. Minderjährige[6]. Sind dieselben jedoch letztwillig ernannt, so wird ihnen die Vormundschaft bis zur Großjährigkeit aufbewahrt, und einstweilen ein interimistischer Vormund ernannt[7].

c. Soldaten; mit Ausnahme jedoch der von einem Mitsoldaten übertragenen Vormundschaften[8].

2. Die Entscheidung über die Tauglichkeit des Berufenen ist im Allgemeinen dem Ermessen der Obervormundschaftsbehörde überlassen. Dieselbe hat zu erwägen, ob nicht in Beziehung auf den Berufenen ein Grund vorliegt, welcher eine Gefährdung der Interessen des Mündels befürchten läßt[9]. Als einzelne Gründe dieser Art werden in den Quellen genannt[10]: Geistesstörung[11];

---

[4] L. 2. 3 C. quando mul. 5. 35, Nov. 22 c. 40, Nov. 94. 155. Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 11. Vgl. §. 433 Note 20. In Betreff der Verpflichtung zur Vermögensverpfändung s. noch I §. 232 Note 4. Ueber uneheliche Kinder s. Emmerich a. a. O. S. 208—209, Sintenis §. 146 Anm. 4. — Besonderes Recht der Nov. 117 c. 1: s. §. 517 Note 24.

[5] Nov. 22 c. 40, Nov. 94 c. 2.

[6] L. 5 C. de leg. tut. 5. 30, §. 13 I. de excus. l. 25.

[7] L. 32 §. 2 D. de test. tut. 26. 2, l. 10 §. 7 D. de excus. 27. 1, §. 2 I. qui dari 1. 14. Vor Justinian (Note 6) wurde es auch bei der gesetzlichen Berufung so gehalten, l. 10 §. 7 D. de excus. 27. 1, l. 9 §. 1 D. de tutelae 27. 3. Rudorff II S. 21 glaubt, daß es auch nach neuestem Recht so sei. Die Sache ist allerdings nicht zweifellos.

[8] L. 4 C. qui dare 5. 34, l. 23 §. 1 D. de excus. 27. 1; vgl. §. 14 I. de excus. 1. 25. Vangerow S. 502.

[9] L. 3 §. 12 D. de susp. 26. 10: — „et generaliter, si qua iusta causa praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, reiicere eum debebit". §. 5 I. de cur. 1. 23.

[10] Nicht ausdrücklich genannt ist Interdiction wegen Verschwendung; aber es ist keinem Zweifel unterworfen, daß auch diese Untauglichkeitsgrund ist. S. auch l. 12 §. 2 D. de tut. dat. 26. 5 und l. 5 C. de leg. tut. 5. 30 („Cui enim ferendum est, eundem esse tutorem et sub tutela constitui, et iterum, eundem esse curatorem et sub cura agere? Haec certe et nominum et rerum foeda confusio est"). Rudorff II S. 21.

[11] L. 11. 17 D. de tut. 26. 1, l. 10 §. 3 D. de test. tut. 26. 2, l. 12 pr. D. de excus. 27. 1.

Taubheit, Stummheit, Blindheit[12]; Krankheit und Altersschwäche[13]; schlechter Lebenswandel[14]; Armuth[15]; Feindschaft mit dem Mündel oder dessen Vater[16]; Hinzudrängung zur Vormundschaft[17]; Schuldverhältnisse zwischen Vormund und Mündel[18], mit Ausnahme jedoch der Mutter und Großmutter[19]. — Abgesehen von dem Ermessen der Obervormundschaftsbehörde ist untauglich zur Vormundschaft: a) wer durch die Aeltern des Mündels letztwillig von der Vormundschaft ausgeschlossen ist[20]; b) der Ehemann der Ehefrau, der Bräutigam der Braut, der Schwiegervater der Schwiegertochter gegenüber[21].[22]

---

[12] L. 1 §. 2. 3 l. 17 D. de tut. 26. 1, l. 10 §. 1 l. 11 D. de leg. tut. 26. 4, l. 3 C. qui dare 5. 34, l. 1 C. qui morbo 5. 67.

[13] L. 13 pr. D. de tut. 26. 1, l. 10 §. 8 D. de excus. 27. 1.

[14] L. 8 §. 10 D. de conf. tut. 26. 3.

[15] L. 6 C. de susp. tut. 5. 43.

[16] L. 3 §. 12 D. de susp. tut. 26. 10, l. 6 §. 17 D. de excus. 27. 1, l. 8. 10 D. de conf. tut. 26. 3, §. 11 I. de excus. 1. 25. Unter denselben Gesichtspunkt gehört §. 12 I. eod., l. 6 §. 18 D. eod. 27. 1, l. 27 §. 1 D. de test. tut. 26. 2 (Streit über den Status zwischen dem Vormund und dem Vater des Mündels oder dem Mündel selbst).

[17] L. 21 §. 6 D. de tut. dat. 26. 5.

[18] Nov. 72 c. 1—4, und daraus Auth. Minores C. qui dare 5. 34. C. 3 cit.: — „ne ex hoc ipso hostem et non curatorem adolescentulo praebeamus". Dieser Untauglichkeitsgrund hat aber folgendes Eigenthümliche: der Berufene soll ihn während der Excusationsfrist (§. 435 Note 3) geltend machen; thut er dieß nicht, so wird ihm zwar die Vormundschaft nicht genommen, aber er verliert zur Strafe seine Forderung, und wird als Schuldner durch Zahlung oder andere Tilgung während der Vormundschaft nicht befreit. Wird der Vormund Gläubiger erst während der Vormundschaft, so wird ihm nur ein anderer Vormund beigeordnet, — „ut custodiat ille, ne fiat adversus adolescentem aut eius substantiam ab eo, qui eum habet obligatum, in medio ulla malignitas (c. 2 cit.)". Vgl. Seuffert „Praktische Bemerkungen über die Vorschriften der Nov. 72", Arch. f. civ. Pr. XII. 16. Seuff. Arch. X. 268, XII. 47.

[19] Nov. 94 pr. c. 1.

[20] L. 21 §. 2 D. de tut. dat. 26. 5, l. un. C. si contra matr. vol. 5. 47.

[21] L. 1 §. 5 D. de excus. 27. 1, l. 4. 17 C. eod. 5. 62, l. 2 C. qui dare 5. 34, vgl. l. 14 D. de cur. fur. 27. 10. Ueber die Meinung, daß nach heutigem Recht (römisches Recht: l. 32 §. 1 D. de adopt. 1. 7, l. 2 C. de interd. matr. 5. 6, l. 3 C. de contr. iud. tut. 5. 58) auch der Stiefvater nicht Vormund seiner Stiefkinder sein könne, s. Glück XXIX S. 121 fg., Rudorff II S. 42. 43, Sintenis §. 147 Anm. 51; Seuff. Arch. XII. 276.

γ. Ablehnung*.

§. 435.

Die Uebernahme der Vormundschaft ist an und für sich Bürgerpflicht[1]. Doch gibt es Gründe, welche zur Ablehnung der Vormundschaft berechtigen[2]. Ein solcher Ablehnungsgrund muß bei Strafe des Verlustes binnen gehöriger Frist[3] vor der Ober=

---

[22] Sehr verbreitet ist in Doctrin und Praxis die Meinung, daß nach heutigem Recht auch Juden nicht Vormünder von Christen sein können. Das römische Recht schließt sie nicht aus, l. 15 §. 6 D. de excus. 27. 1. Aber man beruft sich auf die Analogie von l. 19 C. de Iud. 1. 9 und c. 18 X. de Iud. 5. 6. Glück XXIX S. 109, Rudorff II S. 35.

§. 435. * Inst. 1. 25 de excusationibus tutorum vel curatorum. Dig. 27. 1 de excusationibus. Cod. 5. 62 de excusationibus tutorum et curatorum et de temporibus earum. Cod. 5. 63—69. — Glück XXXI S. 161 fg. XXXII S. 3 fg., Rudorff II S. 43 fg.

[1] Die Vormundschaft ist „publicum munus", pr. I. h. t. Ausnahme für den Vater und den Großvater, welche kraft der väterlichen Gewalt berufen werden, §. 432 Note 5, §. 433 Note 21[a]. Bei der Mutter und Großmutter (§. 434 Note 4) ist es noch anders; sie werden gar nicht berufen, wenn sie es nicht verlangen.

[2] Die Ablehnung der Vormundschaft heißt in den Quellen technisch excusatio. Auch die Berechtigung zur Ablehnung, so wie der Grund, auf welchem sie beruht, wird so genannt. — Im älteren römischen Recht konnte man sich von der obrigkeitlichen Vormundschaft auch durch Vorschlag einer passenderen Person (potioris nominatio) befreien. Im Justinianischen Recht ist dieses Institut verschwunden. Rudorff II S. 9. 10. — Wegen l. 13 pr. D. h. t. und §. 16 I. h. t. ist behauptet worden, daß das Recht der Excusation nur gegenüber der letztwilligen und obrigkeitlichen, nicht gegenüber der gesetzlichen Berufung zur Anwendung komme; aber s. l. 2 §. 5 l. 20 l. 30 §. 2 D. h. t., l. 3 §. 8 D. de leg. tut. 26. 4, l. 1. 4 C. eod. 5. 30, l. 9 C. qui dare 5. 34, Nov. 118 c. 5, und zur Erklärung der Ausdrucksweise in den oben genannten Stellen l. 1 §. 1 D. quando app. 49. 4. Glück XXXI S. 181 fg., Rudorff II S. 12 fg.

[3] L. 1 §. 1 D. de adm. 26. 7, l. 19 C. eod. 5. 37, l. 11 C. h. t. Die Frist ist nach römischem Recht eine gesetzliche, und beträgt: a) für die Anbringung, wenn der Berufene am Berufungsort seinen Wohnsitz hat, 50 Tage; wenn dieß nicht der Fall ist, 30 Tage und für je 20 (römische) Meilen der Entfernung 1 Tag, vorausgesetzt daß sich bei dieser Berechnung mehr als 50 Tage ergeben. Die Frist läuft von dem Tage an, wo der Berufene von der Berufung Kenntniß erlangt hat. Von da wird zwar nicht weiter taugliche Zeit (utile tempus) gerechnet; doch wird es dem Berufenen nachgesehen, wenn

vormundschaftsbehörde[4] geltend gemacht werden; und wird er verworfen[5], so haftet der Vormund auch für die Zwischenzeit[6]. In bestimmten Fällen kann ein an und für sich begründetes Ablehnungsrecht nicht geltend gemacht werden[7]. — Die einzelnen Ablehnungsgründe sind folgende[8].

1. Bekleidung eines obrigkeitlichen Amtes[9].

2. Verwaltung des Vermögens des Fiscus oder des Landesherrn[10].

---

er „propter aegritudinem vel aliam necessitatem, puto maris vel hiemis vel incursus latronum, vel aliam quam similem", die Frist versäumt hat. L. 13 §. 1—10 D. l. 6 C. h. t., §. 16 I. h. t., l. 3 pr. D. de V. S. 50. 16. b) Für die Durchführung der ganzen Sache läuft eine Frist von 4 Monaten, ebenfalls a die scientiae. L. 38. 39 D. h. t. — Daß diese Fristen heutzutage nicht mehr beobachtet werden, vielmehr die Gerichte eine Frist nach ihrem Ermessen bestimmen, lehren Glück XXXII S. 109, Sintenis §. 148 Note 77, Rudorff II S. 190, Kraut I S. 243.

[4] L. 2. 6 C. h. t.

[5] Rechtsmittel: l. 13 pr. D. h. t., l. 3. 6 C. eod.; l. 1 §. 2 D. quae sent. 49. 8, Cod. 5. 63, §. 20 I. h. t., l. 11 §. 2 D. de min. 4. 4. Vgl. l. 37 D. h. t.

[6] L. 20 l. 39 §. 6 D. de adm. 26. 7, l. 15. 22. C. h. t.

[7] Diese Fälle, welche sich sämmtlich mehr oder minder dem Gesichtspunkte des Verzichtes unterordnen, sind folgende: a) der Vormund hat dem Vater des Mündels versprochen, sich der Vormundschaft unterziehen zu wollen, l. 15 §. 1 D. h. t., §. 9 I. h. t.; b) er hat die Vormundschaft bereits zu führen begonnen, l. 2 C. si tut. vel cur. 5. 63, Vat. fr. §. 154; c) er hat seine Ernennung im Testament eigenhändig geschrieben, l. 29 D. de test. tut. 26. 2, l. 18 §. 1 D. de lege Corn. de fals. 48. 10; d) er hat ein ihm in dem ernennenden letzten Willen ausgesetztes Vermächtniß angenommen, l. 5 §. 2 D. de his quae ut ind. 34. 9. Von der andern Seite verliert der Vormund auch alles ihm in seiner Eigenschaft als Vormund Hinterlassene, wenn er der letztwilligen Ernennung gegenüber von einer ihm zustehenden Ablehnung Gebrauch macht. L. 5 §. 2 cit., l. 32—36 pr. D. h. t., l. 27 eod., l. 28 pr. D. de test. tut. 26. 2, l. 3 D. de iure patr. 37. 14, l. 111 D. de leg. I° 30.

[8] Heutzutage unanwendbar sind die in l. 6 §. 13 D. h. t., l. 8 §. 12 eod., l. 17 §. 1 eod., l. 17 §. 2. 3 l. 26 l. 41 §. 3 l. 46 D. l. 24 C. h. t., l. 13 C. qui dare 5. 34 genannten Ablehnungsgründe. Ebenso unanwendbar ist der römische Satz, daß der tutor des impubes nicht curator des minor zu werden brauche (§. 18 I. l. 16 D. l. 20 C. h. t.), weil heutzutage die Erreichung der Pubertät einen Wechsel in der Person des Vormundes nicht begründet (§. 432 Note 11). Kraut II S. 163 fg.

[9] §. 3 I. h. t., l. 6 §. 14 l. 17 §. 4. 5 l. 22 §. 1 l. 41 §. 1 D. h. t., l. 6 §. 16 l. 23 pr. eod. Zu l. 22 §. 1 cit. vgl. Vat. fr. §. 136.

X3. Aufnahme in den geheimen Rath des Landesherrn[11].

4. Abwesenheit in Staatsangelegenheiten; auch nach der Rückkehr dauert dieser Ablehnungsgrund noch ein Jahr lang[12].

5. Geistliches Amt[13].

6. Oeffentliche wissenschaftliche Lehrthätigkeit oder ärztlicher Beruf[14].

7. Ehrenvolle Entlassung aus dem Kriegsdienst nach vollendeter Dienstzeit; frühere Entlassung, nach dem fünften Jahre, gibt nur Befreiung auf Zeit[15].

8. Eine größere Anzahl leiblicher Kinder[16]. Enkel von einem verstorbenen Sohne zählen für Eine Person, Enkel von Töchtern gar nicht[17]; Kinder, welche vor dem Feinde geblieben sind, werden mitgezählt[18].

9. Drei nicht aus freien Stücken übernommene Vormundschaften in demselben Hause, so daß also die von den Söhnen geführten Vormundschaften, für welche der Vater haftet (§. 444

---

[10] §. 1 I. h. t., l. 41 pr. D. l. 10 C. h. t. Vgl. l. 8 C. h. t.; Seuff. Arch. XII. 46.

[11] L. 30 D. h. t., l. 11 §. 2 D. de min. 4. 4.

[12] §. 2 I. h. t., l. 10 pr. — §. 3 D. h. t., l. 2 C. si tutor vel curator reipublicae causa aberit 5. 64, vgl. l. 38 §. 1 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 4 D. de vac. 50. 5.

[13] L. 52 pr. C. de ep. et cler. 1. 3. Vgl. §. 434 Note 2.

[14] §. 15 I. h. t., l. 6 §. 1—12 D. h. t. In Betreff von l. 1. 2 C. de excusationibus artificum 10. 65 s. Rudorff II S. 132.

[15] L. 8 D. h. t., Cod. 5. 64 de excusationibus veteranorum. Gegen Söhne und Töchter von Kameraden wirkt die Befreiung nur ein Jahr lang, nach dieser Zeit nur so weit, daß nicht mehr als Eine Vormundschaft auf einmal übernommen zu werden braucht, l. 8 pr. D. h. t., §. 10. 11 I. h. t.

[16] Nach römischem Recht in Rom 3, in Italien 4, in den Provinzen 5. Pr. I. h. t., l. 2 §. 2—8 l. 36 §. 1 l. 37 D. h. t., l. 1. 2 C. qui numero liberorum se excusant 5. 66. Heutzutage nimmt man gewöhnlich die Zahl von 5 an. Glück XXXI S. 224, Rudorff II S. 146. 147. Vgl. aber auch Sintenis §. 148 Anm. 35. — Als Belohnung der Kindererzeugung im Sinne der lex Iulia und Papia Poppaea darf diese Befreiung nicht aufgefaßt werden. Vat. fr. §. 170. Daher wird auch ihre heutige Anwendbarkeit mit Unrecht bezweifelt. Seuff. Arch. IX. 175, XVII. 66.

[17] Pr. I. h. t., l. 2 §. 7 D. h. t.

[18] Pr. I. h. t., l. 18 D. h. t.

Note 6), mit gerechnet werden[19]. Doch ist, was die Zahl der Vormundschaften angeht, dem Ermessen der Obervormundschaftsbehörde freier Spielraum gelassen[20].

×10. Verschiedenheit des Wohnortes, oder zu große Entfernung des zu verwaltenden Vermögens[21].

×11. Armuth, welche Thätigkeit in fremden Angelegenheiten nicht gestattet[22].

12. Krankheit, welche die Besorgung der eigenen Angelegenheiten hindert[23].

13. Alter von 70 Jahren[24].

14. Mangel der zu einer Geschäftsführung erforderlichen Fähigkeiten[25].

15. Ernennung durch den Vater aus Feindschaft[26]. —

Zur Niederlegung einer bereits übernommenen Vormundschaft berechtigen von diesen Gründen nur die unter Nr. 3. 10. 11 genannten[27], und der unter Nr. 4 genannte dann, wenn die Abwesenheit eine Abwesenheit jenseit des Meeres ist, sonst gilt die Befreiung nur für die Dauer der Abwesenheit[28]. Ferner berechtigt zur Niederlegung der Vormundschaft Veränderung des Wohnsitzes auf Befehl des Landesherrn, wenn dieser die Vormundschaft gekannt hat[29].

---

[19] §. 5 I. h. t., l. 2 §. 9 — l. 6 pr. l. 15 §. 15. 16 fl. 31 D. h. t., Cod. 5. 69 qui numero tutelarum.

[20] L. 17 pr. l. 31 §. 4 D. h. t.

[21] L. 46 §. 2 l. 10 §. 4 l. 21 §. 2. 3 D. l. 11 C. h. t. Glück XXXII S. 59 fg., Rudorff II S. 171 fg., Sintenis §. 148 Nr. 7.

[22] §. 6 I. h. t., l. 7 l. 40 §. 1 D. h. t., l. 6 §. 19 eod. (Rudorff II S. 54). Vgl. §. 434 Note 15.

[23] §. 7 I. h. t., l. 10 §. 8 l. 45 §. 4 D. h. t., Cod. 5. 67 qui morbo se excusant. Vgl. §. 434 Note 12. 13.

[24] §. 13 I. h. t., l. 2 pr. D. h. t., l. 3 D. de iure immun. 50. 6, Cod. 5. 68 qui aetate se excusant. Ueber l. 3 C. qui aetate vel professione se excusant 10. 49 s. Glück XXXII S. 55 fg., Rudorff II S. 48 fg.

[25] §. 8 I. h. t., l. 6 §. 19 D. h. t. Glück XXIX S. 114 fg., Rudorff II S. 54 fg.

[26] §. 9 I. h. t.

[27] L. 11 §. 2 D. de min. 4. 4, l. 11. 40 D. h. t.

[28] L. 11 §. 2 D. de min. 4. 4, l. 10 §. 2 D. h. t., l. 1 C. si tut. vel cur. reipublicae causa aberit 5. 64.

[29] L. 12 §. 1 D. h. t.

δ. Antritt*.

§. 436.

Der zur Vormundschaft (gültig) Berufene ist Vormund durch die Berufung; er wird nicht erst Vormund durch die Erklärung, die Vormundschaft übernehmen zu wollen. Daher liegt die Vormundschaftspflicht ihm von der Zeit an ob, wo er von der Berufung erfahren hat[1]. Da er aber nach heutigem Recht die Befugniß zur Verwaltung der Vormundschaft erst durch die von der Obervormundschaftsbehörde füt ihn ausgefertigte Bestallung erlangt[2],[3] so besteht heutzutage die ihm vorher obliegende Pflicht auch nur in der ungesäumten Auswirkung dieser Bestallung[4]. — Bei der Bestallung muß der Vormund die Erfüllung der vormundschaftlichen Pflichten eidlich angeloben[5]; er muß ferner dem

§. 436. * Glück XXX S. 152 fg., Rudorff II S. 211 fg., Kraut I S. 242 fg. II S. 118 fg.

[1] L. 1 §. 1 l. 5 §. 10 l. 17 l. 58 §. 2 D. de adm. 26. 7, l. 8 C. eod. 5. 37, l. 5 C. de peric. 5. 38.

[2] R. P. O. Tit. 32 (31) §. 2: — „Daß ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testaments weiß verordnet, oder durch das Recht, oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sei ihme dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen". S. g. confirmatio iuris Germanici, im Gegensatz der römischen Confirmation, durch welche der Mangel einer ungültigen letztwilligen Berufung geheilt werden kann (§. 433 Note 10 fg.). Glück XXIX S. 305 fg., Rudorff II S. 211—213, Kraut I S. 235 fg. Die römische Confirmation ist Bedingung der Berufung; die deutsche setzt geschehene Berufung voraus. Daher macht die Unterlassung der Nachsuchung um die römische Confirmation nicht verantwortlich, wohl die Unterlassung der Nachsuchung um die deutsche. Dieß ist nicht gehörig gewürdigt bei Kraut I S. 258. 262. Thatsächlich fallen allerdings beide Confirmationen, wo die eine und die andere vorkommt, zusammen. — Das für den Vormund ausgefertigte Decret nennt man tutorium oder curatorium.

[3] Eine Ausnahme macht man für den kraft der väterlichen Gewalt eintretenden Vater oder Großvater (§. 432 Note 5, §. 433 Note 21[a]). Rudorff I S. 182, Sintenis III §. 141 Note 52 a. E. Eine Ausnahme pflegt man ferner für den Fall der Noth zu gestatten. Glück XXIX S. 306. 313, Kraut I S. 239.

[4] Abgesehen von dem Fall der Noth (Note 3). Vgl. l. 7 pr. D. de adm. 26. 7.

[5] R. P. O. Tit. 32 (31) §. 3; l. 7 §. 4—7 C. de cur. fur. 5. 70, Nov. 72 c. 2. 8. Rudorff II S. 229.

Mündel Sicherheit leisten[6], und über das vorhandene Vermögen ein öffentliches Verzeichniß errichten[7].

b. Beendigung der Vormundschaft*.

§. 437.

Die Vormundschaft wird beendigt:

1) durch den Tod des Vormundes oder des Mündels[1];

2) dadurch, daß der Mündel großjährig wird[2], oder für großjährig erklärt wird[3], für gewisse Erwerbe auch dadurch, daß er unter väterliche Gewalt tritt[4];[5]

---

[6] Das römische Recht erließ die Caution dem tutor testamentarius und a magistratu ex inquisitione datus (pr. I. de satisd. tut. 1. 24); aber die R. P. O. Tit. 32 (31) §. 2. 3 hat ausdrücklich vorgeschrieben, daß „ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testaments weiß verordnet, oder durch das Recht, oder Richter gegeben . . . rechtmäßige genugsame Caution und Versicherung thue". Wegen der letzteren Worte verlangt man heutzutage nicht mehr, wie das römische Recht thut (l. 4 §. 1 D. rem pup. 46. 6. l. 7 D. de stip. praet. 46. 5), Caution durch Bürgschaft, sondern läßt auch Pfandbestellung zu. Glück XXX S. 161 fg., Rudorff II S. 213 fg., Kraut II S. 122 fg.

[7] L. 24 C. de adm. 5. 37, l. 13 C. arb. tut. 5. 51, R. P. O. Tit. 32 (31) §. 3. Die Strafe der Versäumung ist Absetzung und Zulassung des Mündels zum Würderungseid, l. 7 pr. D. de adm. 26. 7, l. 4 C. de in lit. iur. 5. 53, l. 13 §. 1 C. arb. tut. 5. 51. Befreiung durch Verfügung des das Vermögen hinterlassenden Erblassers: l. 13 §. 1 C. arb. tut. 5. 51. Glück XXX S. 184—215, Rudorff II S. 242 fg., Kraut II S. 121—122. Seuff. Arch. V. 192, VI. 225.

* Inst. 1. 22 quibus modis tutela finitur. Cod. 5. 60 quando tutores vel curatores esse desinant. — Glück XXXI S. 129 fg., Rudorff III S. 120 fg. 232 fg., Kraut II S. 162 fg. §. 437.

[1] L. 4 pr. D. de tutelae 27. 3, §. 3 I. h. t., l. 16 §. 1 D. de tut. 26. 1, l. 17 C. de neg. gest. 2. 19, l. 1 C. si quis ign. 5. 73. — Capitis diminutio nach römischem Recht: §. 1. 4 I. h. t., l. 14 pr. — §. 2 D. de tut. 26. 1, l. 7 pr. D. de cap. dim. 4. 5 (s. über diese Stelle die bei Vangerow §. 288 Anm. Genannten, und diesen selbst).

[2] L. 4 pr. D. de tutelae 27. 3, pr. I. h. t.; §. 432 Note 10.

[3] L. 3 C. qui veniam 2. 45. Glück XXXI S. 145 fg., Kraut II S. 168 fg.

[4] Für das s. g. peculium adventicium ordinarium, nicht für das peculium adventicium extraordinarium und für das peculium castrense und

3) dadurch, daß die Beschränkung sich geltend macht, unter welcher die Berufung erfolgt ist[6];

4) durch Ablehnung und Niederlegung der Vormundschaft, wo dieselbe gestattet ist (§. 435)[7];

5) durch Absetzung des Vormundes[8]. Dieselbe wird durch die Obervormundschaftsbehörde von Amtswegen verfügt[9], wenn

---

quasi castrense. Vgl. l. 14 pr. D. de tut. 26. 1, §. 1 I. h. t., und §. 432 Note 5.

[5] Kraut II S. 172 fg. behauptet, daß die Vormundschaft auch durch die Verheirathung des Mündels aufhöre (bei der Frau abgesehen davon, ob sie unter eheliche Vormundschaft trete oder nicht), mit Berufung auf älteres deutsches Recht (a. a. O. S. 89 fg.) bez. gemeines Gewohnheitsrecht (S. 178. 181). Dawider Seuff. Arch. VII. 276, XIII. 99. Vgl. aber auch das. XVI. 96.

[6] Eintritt der auflösenden Bedingung, unter welcher, des Zeitpunktes, bis zu welchem der Vormund im Testamente ernannt ist: l. 14 §. 3. 5 D. de tut. 26. 1, §. 5 I. h. t. Wegfall des Bedürfnißfalles, für welchen, Beendigung des Geschäftes, für welches die Obrigkeit einen Vormund bestellt hat: §. 433 Note 32. 34.

[7] Es wird behauptet, daß nicht schon durch die Excusation selbst (richterliche Anerkennung derselben), sondern erst durch die Ernennung eines neuen Vormundes die Vormundschaft des Excusirten aufhöre. v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzg. III S. 46 fg., Rudorff II S. 403. Diese Behauptung wird aber weder durch die übrigen Quellenzeugnisse bewiesen, welche man für dieselbe geltend gemacht hat, noch auch durch Gai. I. 182, wo „dato" auf Restitution beruht, und Huschke „casu" liest. Uebrigens hört jedenfalls mit dem zuerst bezeichneten Zeitpunkt, wie auch anerkannt wird, Recht und Pflicht der Vormundschaft auf, und so ist die ganze Frage sehr unpraktisch. Vgl. noch Sintenis §. 147 Anm. 69.

[8] Inst. 1. 26 Dig. 26. 10 Cod. 5. 43 de suspectis tutoribus vel (et) curatoribus. — Glück XXI S. 41 fg., Rudorff III S. 176 fg., Kraut I S. 402—405.

[9] R. P. O. Tit. 32 (31) §. 3: — „indeme dann alle und jede Obrigkeiten, vermög göttlicher, und unserer Kayserlichen Gebott, sonders fleißiges Auffsehens zu thun, aus tragendem Ampt sich schuldig erkennen, und darumb keines Vormünders Fahrlässigkeit, noch weniger Vervortheilung bey seinem Pflegkind, oder dessen Gütern ungestraft hingehen lassen sollen". Unter den „Obrigkeiten", von welchen hier gesprochen wird, können keine anderen gemeint sein, als die im Vorhergehenden genannten, welche den Vormund einsetzen, bestellen, und zur Rechnungsablage anhalten sollen. Nach römischem Recht war die „suspecti cognitio" Attribut der ordentlichen höheren Gerichtsbarkeit, trat aber von Amtswegen nur außerordentlicher Weise ein, setzte vielmehr regelmäßig eine „suspecti accusatio" voraus. Rudorff a. a. O. Ausgeschlossen ist die letztere auch heutzutage nicht. Vgl. Glück XXXI S. 95. 128, Kraut S. 404.

der Vormund durch seine Arglist oder seine Nachlässigkeit das Wohl des Mündels gefährdet[10], oder sein Lebenswandel von der Art ist, daß eine solche Gefährdung zu befürchten steht[11], oder die Mutter oder Großmutter, ohne vorher die Vormundschaft niedergelegt zu haben, zur zweiten Ehe schreitet[12]. Auch wegen bloßer Unfähigkeit kann Absetzung erfolgen[13]; die Obervormundschaftsbehörde kann sich aber in diesem Falle auch auf die mildere Maßregel beschränken, den Unfähigen einfach zu ersetzen[14], oder ihm einen Nebenvormund beizuordnen[15]. Aus bewegenden Gründen kann sie diese mildere Maßregel selbst im Falle der Arglist eintreten lassen[16].

c. Rechtsverhältniß.

α. Verpflichtungsverhältniß zwischen Vormund und Mündel*.

aa. Im Allgemeinen.

§. 438.

Die Verpflichtungen, welche die Vormundschaft für den Vormund, wie für den Mündel erzeugt[1], stehen unter freiem richterlichen Ermessen[2]. Der Hauptsache aber nach ist:

— Auch hier (vgl. Note 7) streitet man, ob schon die Absetzung, oder erst die Einsetzung des neuen Vormundes die Vormundschaft beendige (Rudorff III S. 198), obgleich hier l. 14 §. 4 D. de tut. 26. 1 den Zweifel hätte ausschließen sollen.

[10] §. 5. 6. 10 I. h. t., l. 3 §. 5. 16—18 l. 4 §. 4 l. 7 §. 1. 3 D. h. t., l. 1—6 l. 9 C. eod.

[11] §. 13 I. h. t. „Suspectum etiam eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit". L. 8 D. h. t.

[12] Nov. 22 c. 40 i. f., Nov. 94 c. 2 i. f.

[13] L. 3 §. 18 D. h. t. nennt: segnities, rusticitas, inertia, simplicitas, ineptia. S. auch l. 3 §. 12 eod.

[14] L. 17 D. de tut. 26. 1.

[15] §. 5 I. de cur. 1. 23, l. 13 pr. D. de tut. 26. 1, l. 10 §. 8 D. de excus. 27. 1, l. 6 C. h. t. Vgl. Seuff. Arch. IV. 129.

[16] L. 1 §. 5 l. 3 §. 18 l. 9 D. h. t. Absetzung wegen Arglist hatte nach römischem Recht Infamie zur Folge, §. 6 I. h. t., l. 3 §. 18 cit., l. 9 C. h. t.

* Dig. 26. 7 de administratione et periculo tutorum et curatorum, §. 438.

1) der Vormund verpflichtet, die Interessen des Mündels in allen Beziehungen nach besten Kräften wahrzunehmen[3], namentlich das Vermögen des Mündels zu verwalten, und dasselbe dem Mündel nach beendigter Vormundschaft auf Grund einer von ihm zu legenden Rechnung herauszugeben[4]. Bei Allem, was der Vormund thut oder nicht thut[4a], haftet er nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen derjenigen Nachlässigkeit, welche er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt[5]; in Aus-

---

qui gesserint vel non, et de agentibus et conveniendis uno vel pluribus; 27. 3 de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione; 27. 4 de contraria tutelae et utili actione. Cod. 5. 37 de administratione tutorum vel curatorum, et pecunia pupillari foeneranda vel deponenda; 5. 38 de periculo tutorum et curatorum; 5. 51 arbitrium tutelae; 5. 58 de contrario iudicio tutelae.

[1] Den Verpflichtungen aus der tutela dienten bei den Römern die actio tutelae directa und contraria. Die actio aus der cura minoris wurde zwar äußerlich nicht an die actio tutelae, sondern an die actio negotiorum gestorum angeschlossen (l. 4 §. 3 l. 13 i. f. D. de tutelae 27. 3, l. 1 C. quod cum eo 4. 26, l. 7 C. arb. tut. 5. 51, l. 17 C. de neg. gest. 2. 19), aber in allem Wesentlichen, und namentlich was den Grad der vom Vormund zu prästirenden Sorgfalt angeht, wie die actio tutelae behandelt (l. 33 pr. D. de adm. 26. 7, Nov. 72 c. 8, l. 17 C. de neg. gest. 2. 19, s. ferner l. 25 D. de tutelae 27. 3, l. 20 C. de adm. 5. 37), so daß sie andererseits doch wieder utile tutelae iudicium (l. 2 C. de her. tut. 5. 54), ja geradezu tutelae iudicium (l. 3 C. arb. tut. 5. 51) genannt wird. In l. 11 D. de auct. 26. 8 ist von einem tutelae curationisve iudicium, in Rubr. titt. Dig. 27. 3. 4 von einer utilis curationis causa actio die Rede. Nur in einer Beziehung erkannte das römische Recht zwischen der Klage gegen den tutor und der Klage gegen den curator einen materiellen Unterschied an; aber auch dieser hat für das heutige Recht keine Geltung mehr. S. darüber Note 17.

[2] Die actiones tutelae sind actiones bonae fidei, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 38 pr. D. pro soc. 17. 2.

[3] R. P. O. Tit. 32 (31) §. 3: — „alles . . handeln, das einem getreuen vormünder eignet und zustehet".

[4] L. 1 §. 3 D. de tutelae 27. 3, l. 9 C. arb. tut. 5. 51. Seuff. Arch. X. 63.

[4a] Daß nach römischem Recht der Vormund, welcher sich der Vormundschaft gar nicht angenommen hat, nur mit einer utilis actio haftet (l. 4 §. 3. 7 D. rem pup. 46. 6, l. 39 §. 11 D. de adm. 26. 7, l. 37 §. 1 D. de excus. 27. 1), hat lediglich rechtshistorische Bedeutung. Vgl. Rudorff III S. 8—10.

[5] L. 1 pr. D. de tutelae 27. 3. „In omnibus, quae fecit tutor, cum

nahmefällen steigert oder mindert sich seine Verantwortlichkeit[6]. Im Fall der Arglist und groben Nachlässigkeit wird der Mündel zum Würderungseid zugelassen[7]; wegen Unterschlagung trifft den Vormund die Strafe des doppelten Sachwerths[8]. Die Erben

---

facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum et culpam et quantam in rebus suis diligentiam". L. 57 pr. D. de adm. 26. 7 (Vangerow §. 274), Nov. 72 c. 8. Der Vormund haftet also an und für sich auch für levis culpa, er kann sich nur im Falle einer solchen durch einen Gegenbeweis befreien (§. 265 Nr. 6). So erklären sich Stellen wie l. 10 l. 33 pr. l. 39 §. 7 D. de adm. 26. 7, l. 23 C. eod. 5. 37, l. 7 C. arb. tut. 5. 51; l. 4 D. de mag. conv. 27. 8. Ueber die Stellen, welche andererseits die Verpflichtung des Vormundes auf lata culpa zu beschränken scheinen (l. 2 C. arb. tut. 5. 51, l. 2 C. si tutor vel cur. non gesserit 5. 55), s. Hasse Culpa S. 265—268, Rudorff III S. 70. 74. Ueber das Ganze: Hasse a. a. O. S. 253 fg., Rudorff S. 69 fg.

[6] Er haftet ohne die bezeichnete Milderung, wenn er sich zur Vormundschaft zugedrängt hat, l. 53 §. 3 D. de furt. 47. 2. Er haftet bloß für lata culpa beim Ankauf von Grundstücken für Mündelgeld, l. 7 §. 2 D. de adm. 26. 7. Allerdings ist diese letztere Ausnahme äußerst befremdend; allein eine andere Erklärung der l. 7 §. 2 cit. scheint nicht möglich. Vgl. Hasse a. a. O. 264, Glück XXX S. 259, Rudorff III S. 75; jedoch auch Sintenis §. 149 Anm. 35 a. E. Eine andere Ausnahme nach derselben Richtung wird von Manchen aus l. 2 C. arb. tut. 5. 51 hergeleitet; s. darüber Note 5. Glück S. XXX S. 260. Daß der Vormund auch dann nur wegen lata culpa in Anspruch genommen werden kann, wenn ihm die weitere Verhaftung gültigerweise erlassen worden ist (l. 41 D. de adm. 26. 7, l. 20 §. 1 D. de lib. leg. 34. 3, vgl. l. 9 eod., l. 119 D. de leg. I° 30, l. 72 §. 3 D. de cond. 35. 1), ist nichts Besonderes; daß aber ein solcher Erlaß gültig auch durch den Vater bei Ernennung des Vormundes geschehen könne, ist ein Satz, welcher zwar in l. 5 §. 7 D. de adm. 26. 7 anerkannt ist (lata culpa = dolus), aber für das heutige Recht, nach welchem die väterliche Ernennung den Vormund auch nicht von der Caution zu befreien im Stande ist (§. 436 Note 6), über das vom Vater hinterlassene Vermögen hinaus keine Geltung mehr beanspruchen kann. Vgl. Glück XXX S. 263 fg., Rudorff III S. 108 fg., auch Kraut II S. 154.

[7] L. 2 §. 1 l. 5 pr. §. 3 l. 8 D. de in lit. iur. 12. 3; Cod. 5. 53 de in litem iurando.

[8] Das römische Recht gab für diesen Fall eine besondere actio, die actio de rationibus distrahendis. L. 1 §. 19 — l. 2 D. de tutelae 27. 3, l. 55 §. 1 D. de adm. 26. 7. Glück XXXII S. 207 fg., Rudorff III S. 2 fg. Was die heutige Geltung dieser Strafe angeht, so müßte an und für sich behauptet werden, daß sie durch die heutzutage eintretende öffentliche Bestrafung

des Vormundes können aus der gewöhnlichen Nachlässigkeit desselben nicht in Anspruch genommen werden[9]. — Der für eine specielle Thätigkeit bestellte Vormund (§. 433 Note 33. 34) haftet natürlich nur für diese Thätigkeit.

2. Der Mündel ist verpflichtet[10], dem Vormund Alles, und zwar mit Zinsen[11], zu ersetzen, was der Vormund bei der Führung der Vormundschaft[12] im Interesse des Mündels[13] aus seinem Vermögen aufgeopfert hat[14]. Der Vormund kann diesen Anspruch sowohl einredeweise gegenüber dem Anspruch des Mündels, als auf dem Wege selbständiger Klage geltend machen[15]. — Auf ein Honorar hat der Vormund nur dann einen Anspruch, wenn ihm ein solches durch den Vater bei der Ernennung oder durch die Obervormundschaftsbehörde ausgesetzt worden ist[16].

3. Die Ansprüche sowohl des Mündels als des Vormundes können erst nach Beendigung der Vormundschaft klagend verfolgt

---

der Unterschlagung absorbirt worden sei (§. 326 Note 4[a]), wenn sie nicht durch die R. P. O. v. 1577 Tit. 32 §. 3 („alles bei Vermeidung der Straff gemeiner Recht") bestätigt worden wäre. A. M. Kraut II S. 159, welcher aber das gedachte Argument nicht berührt. A. M. auch Sintenis §. 150 Anm. 1, welcher die angeführten Worte der R. P. O. auf die accusatio suspecti gedeutet wissen will, ohne sich, wie es scheint, zum Bewußtsein zu bringen, daß es an ihm wäre, diese Beschränkung zu beweisen.

[9] L. 12. 49 D. de O. et A. 44. 7, l. 8 §. 1 D. de fid. tut. 27. 7; l. 4 D. de mag. conv. 27. 8, l. 39 §. 6 D. de adm. 26. 7, l. 1 C. de her. tut. 5. 54, l. 17 C. de neg. gest. 2. 19. Anders natürlich (I §. 124 Note 11), wenn der Proceß gegen den Vormund bereits begonnen hatte, l. 1 C. cit. Ueber den Schluß dieser Stelle s. Hasse Culpa Anh. I, Glück XXX S. 276 fg., Rudorff III S. 42 fg.

[10] Dig. 27. 4 de contraria tutelae et utili actione. Cod. 5. 58 de contrario iudicio tutelae. Glück XXXII S. 266 fg., Rudorff III S. 119 fg.

[11] L. 3 §. 1 — l. 6 D. h. t.

[12] L. 33 §. 3 D. de adm. 26. 7, l. 3 §. 8 D. h. t.

[13] L. 1 §. 6 l. 3 pr. §. 7. 8 D. h. t., l. 33 §. 3 D. de adm. 26. 7, l. 3 C. eod. 5. 37, l. 4 C. de in lit. dando 5. 44. Vgl. §. 430 Note 17.

[14] L. 1 §. 5 l. 3 §. 1 D. h. t.; §. 2 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, l. 5 §. 1 D. de O. et A. 44. 7; l. 1 §. 6. 7 D. h. t., l. 2 C. de in lit. dando 5. 44.

[15] L. 1 §. 4. 8 l. 2 l. 3 pr. D. h. t.

[16] L. 38 D. de neg. gest. 3. 5; l. 33 §. 3 D. de adm. 26. 7, l. 1 §. 6 D. de tutelae 27. 3. Glück XXXII S. 87, Rudorff III S. 132, Kraut II S. 160.

werden[17]. Doch steht der Vormund auch während der Dauer der Vormundschaft unter Aufsicht der obervormundschaftlichen Behörde, welcher er jährlich Rechnung ablegen muß[18], und welche ihn zur Erfüllung seiner Pflichten nöthigenfalls durch unmittelbaren Zwang anhalten kann[19].

bb. Im Besonderen*.

§. 439.

Im Besonderen ist der Vormund verpflichtet:

1) zur Sorge für die Erhaltung des Vermögens des Mündels. Dahin gehören nicht bloß factische Maßregeln[1], sondern namentlich auch die Veräußerung von überflüssigen und dem Verderb ausgesetzten Sachen[2], die Einziehung von Forderungen, deren Verlust zu befürchten ist[3], die Bezahlung von drückenden Schulden[4]. Daß der Vormund selbst Gläubiger oder Schuldner ist, macht dabei keinen Unterschied[5].

---

[17] L. 1 §. 24 l. 4 pr. l. 9 pr. §. 4. 5. D. de tutelae 27. 3. Anders war es im römischen Recht mit den Ansprüchen des curator minoris und gegen denselben, l. 4 §. 3 D. de tutelae 27. 3, l. 1 §. 3 D. de contr. iud. tut. 27. 4; obgleich doch schon hier eine Ausnahme für den Anspruch gegen den Curator auf Rechnungslegung und Herausgabe des Vermögens gemacht wird, l. 14 §. 2 C. de adm. 5. 37. Nach heutigem Recht, wo die Vormundschaft über den Geschlechtsreifen einfach als Fortsetzung der Vormundschaft über den Geschlechtsunreifen erscheint, müssen auf jene in dieser Beziehung die Grundsätze der letzteren angewendet werden.

[18] Nach der Bestimmung der R. P. O. v. 1577 Tit. 32 §. 3. Die R. P. O. v. 1548 Tit. 31 §. 3 verlangt jährliche Rechnungslegung nur „auff Forderung der Obrigkeit".

[19] Dieß schon nach römischem Recht: l. 1 pr. l. 7 §. 3. 7. 8. D. de adm. 26. 7, l. 2 D. de feriis 2. 12, l. 9 D. de mun. 50. 4, l. 3 C. de susp. 5. 43.

* Glück XXX S. 300 fg., Rudorff II S. 357 fg.

[1] L. 22. 24 C. h. t. 5. 37, l. 3 C. de per. 5. 38. §. 439.

[2] L. 5 §. 9 l. 7 §. 1 D. h. t. 26. 7, l. 22 C. eod. 5. 37, l. 3 C. de per. 5. 38.

[3] L. 15 l. 39 §. 14. 16 l. 43 pr. l. 57 pr. D. h. t. 26. 7, l. 18 l. 24 i. f. C. h. t. 5. 37, l. 2 C. arb. tut. 5. 51. Gesterding Arch. f. civ. Pr. II. 20.

[4] L. 9 §. 5 D. h. t. 26. 7, l. 23 C. eod. 5. 37.

[5] L. 9 §. 2. 3. 5 D. h. t. 26. 7. Vgl. l. 35 §. 3 D. de neg. gest. 3. 5.

2) Der Vormund muß ferner dafür sorgen, daß von dem Vermögen des Mündels derjenige Ertrag gezogen werde, welchen dasselbe zu gewähren im Stande ist, ohne jedoch dabei zu einem außergewöhnlichen Aufwand von Zeit oder Kraft verpflichtet zu sein[6]. Namentlich[6a] Geld des Mündels muß der Vormund entweder in fruchttragenden Grundstücken anlegen, oder, wenn dieß nicht ausführbar ist, auf Zinsen ausleihen[7]; säumt er damit[8],

---

[6] L. 47 §. 6 D. h. t. 26. 7. Hat er aber einen solchen Aufwand wirklich gemacht, so darf er den dadurch gezogenen Gewinn nicht für sich behalten, l. 58 pr. eod.

[6a] Grundstücke: l. 32 §. 2 D. h. t. 26. 7.

[7] L. 24 C. h. t. 5. 37, l. 3 §. 2 l. 5 pr. l. 7 §. 3 l. 8 l. 13 §. 1 l. 58 §. 1. 3 D. eod. 26. 7, l. 3 C. de usur. pup. 5. 56. Die Behauptung Puchta's (§. 349. f), die Vorschrift, daß der Vormund in erster Linie Grundstücke ankaufen solle, sei nur als wirthschaftliche, nicht als rechtliche zu verstehen, und gelte nur, wenn sie durch die Umstände wirthschaftlich gerechtfertigt werde, findet in den genannten Quellenzeugnissen keine Unterstützung. — Justinian hat später (Nov. 72 c. 4—6) den Vormund von der Verpflichtung, das Geld des Mündels anzulegen, wofern nur sonst hinreichende Einkünfte vorhanden seien, ganz befreit, dafür aber vorgeschrieben, daß, wenn er das Geld dennoch ausleihen wolle, er dieß auf seine Gefahr thue. Aber diese Vorschrift ist durch eine einmüthige Praxis beseitigt worden. Glück XXX S. 326 fg., Rudorff II S. 367, Kraut II S. 136 fg. Ueber die Nov. 72 c. 6 überhaupt s. Marezoll Arch. f. civ. Pr. IX S. 40 fg., Glück S. 315 fg., Rudorff S. 365 fg., Sintenis § 149 Anm. 35. — Verantwortlichkeit des Vormundes, wenn er bei der Anlage des Mündelgeldes nicht mit der gehörigen Sorgfalt verfährt: l. 50 D. h. t. 26. 7, vgl. l. 35 l. 44 eod. Vgl. noch Glück S. 328, Kraut S. 139—141. Seuff. Arch. III. 72, IV. 100, XI. 253, XIII. 150, XVII. 218. Den Beweis der gehörigen Sorgfalt muß der Vormund führen; er ist nicht zur Anlage verpflichtet, sondern zur gehörigen Anlage. S. auch l. 11 D. de prob. 22. 3, l. 1 §. 13 D. de mag. conv. 27. 8, und vgl. §. 410 Note 4 a. E., §. 430 Note 5 a. E. Hat der Vormund das Mündelgeld an verschiedene Schuldner ausgeliehen, so kann er den bei dem einen Capital durch außergewöhnlich gute Anlage erzielten Vortheil gegen den durch seine Schuld bei einem andern Capital eingetretenen Verlust aufrechnen. Oder mit anderen Worten: er kann verlangen, daß der Mündel entweder alle Capitalien nehme, wie sie sind, schlecht oder gut, oder daß er auf sämmtliche verzichte, wo dann der Vormund nichts zu ersetzen hat, als die ausgeliehenen Summen mit den ortsüblichen Zinsen. L. 7 §. 6 l. 16 D. de adm. 26. 7, l. 11 §. 1 D. de usur. 22. 1. Vgl. über diese Stellen Glück XXX S. 331 fg., Rudorff III S. 79. 80, Sintenis §. 149 Note 57.

so muß er selbst landesübliche Zinsen als Schadenersatz zahlen[9]. Für Mündelgeld, welches er unredlicher Weise in seinen eigenen Nutzen verwendet hat, zahlt er die höchsten erlaubten Zinsen[10].

3. Bietet sich dem Mündel Gelegenheit zu einem Erwerbe ohne Aufopferung, so darf der Vormund auch diese nicht vorübergehen lassen, so wie er andererseits haftet, wenn er sich in Beziehung auf einen solchen Erwerb unbesonnen benommen hat[11].

4. Inwiefern der Vormund dem Mündel Ausgaben, welche

---

[8] Nach l. 11 §. 7 l. 15 D. h. t. 26. 7 hat der Vormund für vorgefundenes Geld eine Frist von 6, für neu eingenommenes von 2 Monaten. Dieß ist aber zu verstehen vorbehaltlich des Gegenbeweises des Vormundes, daß ihm eine Anlage innerhalb dieser Frist nicht möglich gewesen sei (l. 12 §. 4 D. h. t. 26. 7, l. 3 C. de us. pup. 5. 56), so wie des Mündels, daß dem Vormund eine frühere Anlage möglich gewesen sei (l. 13 §. 1 D. h. t. 26. 7: es wird dem Vormund dargethan, daß er sein eigenes Geld angelegt habe). Vgl. übrigens auch Glück XXX S. 327, Sintenis II S. 229 Anm. Col. 2.

[9] L. 7 §. 3. 7 l. 58 §. 3 D. h. t. 26. 7, l. 7 §. 10 eod. Höhere Zinsen zahlt der Vormund, wenn der Schaden des Mündels noch größer war, l. 7 §. 10 D. h. t. Auch zur Strafe kann dem Vormund durch Verfügung der Obervormundschaftsbehörde die Zahlung von höheren Zinsen auferlegt werden, l. 7 §. 10 cit. Daß andererseits die Verpflichtung des Vormundes durch die Bestimmung des Erblassers, von welchem das Mündelvermögen herrührt, gemindert werden kann (l. 47 §. 4 D. h. t.), versteht sich von selbst.

[10] L. 7 §. 4. 10. 12 D. h. t. 26. 7, l. 38 D. de neg. gest. 3. 5, l. 3 §. 3 D. de contr. tut. 27. 4, l. 3 C. arb. tut. 5. 51. Unredliche Verwendung ist es nicht, wenn der Vormund selbst das Geld als Darlehn nimmt, l. 9 §. 7 D. h. t. 26. 7 (vgl l. 54 eod.). Nach l. 46 §. 2 eod. soll es auch keine unredliche Verwendung sein, wenn der Vormund das Geld in seinem Namen ausleihe; dabei wird aber vorausgesetzt, daß der Vormund sich in der Vormundschaftsrechnung zu gleichem Betrage als Schuldner des Mündels vortrage, so daß dieser Fall genau betrachtet kein anderer ist, als der Fall der l. 9 §. 7 cit. (vgl. l. 3 C. arb. tut. 5. 51). Doch bleibt auch die Möglichkeit, die l. 46 §. 2 cit. von einem Fall zu verstehen, wo der Vormund nicht das Darlehn in seinem Namen gegeben, sondern bloß die Stipulation auf seine Person gestellt hat (l. 9 pr. eod.). Vgl. l. 7 §. 6 l. 16 D. eod. und §. 442 Note 2.

[11] L. 21 C. h. t. 5. 37, l. 26 init. eod., l. 39 §. 3 D. h. t. 26. 7, l. 11 D. de auct. tut. 26. 8, l. 3 §. 17 D. de susp. 26. 10, l. 4 C. arb. tut. 5. 51, l. 7 §. 3 C. de cur. fur. 5. 70, l. 15 §. 9 — l. 18 D. loc. 19. 2, l. 67 §. 6 D. de R. N. 23. 2, l. 11 D. de B. P. 37. 1.

er aus dessen Vermögen gemacht hat, in Rechnung bringen darf, bestimmt sich nach denselben Grundsätzen, nach welchen sich bestimmt, inwiefern der Vormund von dem Mündel Ausgaben zurückfordern kann, welche er für denselben aus seinem eigenen Vermögen gemacht hat[12]. Was speciell die Ausgaben für die persönlichen Bedürfnisse des Mündels angeht, so kann der Vormund, wenn er sicher gehen will, sich ein Maß für dieselben von der obervormundschaftlichen Behörde bestimmen lassen[13]; abgesehen hiervon entscheidet auch in Beziehung auf sie das wohlerwogene Interesse des Mündels[14]. Auch zu Liberalitäten im Namen des Mündels ist der Vormund befugt, wenn dieselben von einer sittlichen oder nicht zu umgehenden Anstandspflicht gefordert werden[15].

β. Macht des Vormundes.

§. 440.

1. Der Vormund ist befugt, die Rechte des Mündels geltend zu machen, und klagend zu verfolgen[1]. Andererseits ist er

---

[12] §. 438 Note 13. Im Besonderen: Abtragung von Schulden, l. 9 §. 5. 6 l. 32 §. 6 D. h. t. 26. 7, l. 13 §. 2 D. eod., l. 6 §. 3 l. 67 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6; Proceßkosten, l. 1 §. 9 D. de tutelae 27. 3, l. 9 §. 6 D. h. t. 26. 7; Reisekosten, l. 1 §. 9 cit.; Honorar eines Sachverständigen, dessen Zuziehung nöthig geworden ist, l. 1 §. 7 eod. S. auch l. 1 §. 6 eod.

[13] L. 3 l. 2 §. 1. 2 D. ubi pup. 27. 2, l. 2 C. de alim. pup. praest. 5. 50. Aelterliche Bestimmung ersetzt die obervormundschaftliche nicht: l. 2 §. 3 D. ubi pup. 27. 2, l. 47 §. 1 D. h. t. 26. 7.

[14] L. 2 pr. l. 1 §. 8 D. de tutelae 27. 3, l. 12 §. 3 l. 13 pr. D. h. t. 26. 7, l. 2 §. 1 D. ubi pup. 27. 2, l. 2 C. de alim. pup. praest. 5. 50. Mitgift und Heirathskosten: l. 52 D. h. t. 26. 7, l. 9 eod., l. 60 D. de I. D. 23. 3.

[15] Alimente an Mutter oder Schwester des Mündels: l. 13 §. 2 D. h. t. 26. 7, l. 1 §. 2. 4 D. de tutelae 27. 3. Regelmäßig wiederkehrende Festgeschenke an Aeltern und Verwandte: l. 12 §. 3 D. h. t. 26. 7. Dagegen ist dem Vormund ein Hochzeitsgeschenk an die Mutter oder Schwester des Mündels nicht gestattet: l. 13 §. 2 eod., l. 1 §. 5 D. de tutelae 27. 3. (Auch heutzutage nicht? Glück XXX S. 340. 341, Sintenis §. 149 Anm. 88.) Eine Mitgift darf der Vormund nur der vollbürtigen Schwester des Mündels, nicht der halbbürtigen geben, l. 12 §. 3 D. h. t. 26. 7. S. im

auch der rechte Beklagte gegenüber den Ansprüchen, welche gegen den Mündel erhoben werden[2].

2. Zur Erzeugung rechtlicher Wirkungen für den Mündel ist der Vormund unbedingt befugt soweit der Mündel dadurch bereichert wird; dagegen hat er die Macht zu Veräußerungen des Mündelvermögens und zu Belastungen des Mündels mit Verpflichtungen nur unter wesentlichen Beschränkungen.

a. Er hat die Macht zu denselben nur insoweit, als die ihm obliegende Verwaltung sie mit sich bringt[3]. Daher sind nichtig Schenkungen[4] (mit der §. 439 z. E. bezeichneten Ausnahme), nichtig alle arglistigen Eingriffe in das Vermögen des Mündels[5], und ebenso entsteht aus widerrechtlichen Handlungen des Vormundes keine andere Verpflichtung für den Mündel, als die zur Herausgabe der ihm dadurch erwachsenen Bereicherung[6].

b. Nichtig ist die Veräußerung des Vormundes an sich

Allgemeinen l. 12 §. 2 eod. „Nimium est, licere tutori respectu existimationis pupilli erogare ex bonis eius, quod ex suis non honestissime fuisset erogaturus".

[1] S. z. B. l. 46 §. 7 l. 1 §. 4 D. de adm. 26. 7, l. 18 C. eod. 5. 37. §. 440.

[2] S. z. B. l. 9 §. 5 i. f. l. 1 §. 2. 3 D. eod., l. 28 C. eod.

[3] Zwar ist der Vormund dem Mündelvermögen gegenüber „domini loco", „vice domini" (l. 56 §. 4 D. de furt. 47. 2, l. 157 pr. D. de R. I. 50. 17); aber nur „quantum ad providentiam pupillarem" (l. 27 D. de adm. 26. 7), „quum tutelam administrat" (l. 7 §. 3 D. pro emt. 41. 4).

[4] L. 16 C. de adm. 5. 37, vgl. l. 12. 17 D. de cur. fur. 27. 10, l. 13 D. de manum. 40. 1.

[5] L. 7 §. 3 D. pro emt. 41. 4: — „tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, quum tutelam administrat, non quum pupillum spoliat". S. noch l. 12 §. 1 D. de adm. 26. 7, l. 16 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 20 §. 1 (vgl. l. 34 §. 1) D. de nov. 46. 2, l. 5 §. 2 D. de auct. 26. 8.

[6] L. 13 §. 6. 7 D. de A. E. V. 19. 1, l. 3. 4 D. quando ex facto 26. 9, l. 1 §. 2 D. si quis ius dic. 2. 3, l. 15 pr. D. de dolo 4. 3, l. 17 §. 1. 2 D. de damno inf. 39. 2, l. 4 D. de tab. exh. 43. 5, l. 5 §. 12 l. 11 §. 6 D. quod vi aut cl. 43. 24, l. 198 D. de R. I. 50. 17. Es hat sich aber in der römischen Jurisprudenz die eigenthümliche Auffassung geltend gemacht, daß aus Delicten, welche der Vormund bei Verwaltung des Mündelvermögens begehe, der Mündel eben dadurch reicher werde, daß ihm ein Ersatzanspruch gegen den Vormund erwachse. L. 61 D. de adm. 26. 7, l. 3 §. 1 D. de trib. act. 14. 4, l. 21 §. 1 D. de pec. 15. 1, l. 1 §. 6 D. ne vis fiat ei 43. 4. Glück XXXI S. 18 fg., Rudorff II S. 340 fg.

selbst[7]. Ebenso wenig kann der Vormund sich selbst zum Gläubiger des Mündels machen[8].

c. Eine jede Veräußerung ist nichtig ohne Gestattung der Obervormundschaftsbehörde. Hiervon ist näher zu handeln (§. 441).

d. Alle an und für sich zu Recht bestehenden Veräußerungen und Belastungen unterliegen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[9].

§. 441*.

1. Der Satz, daß die Veräußerung von Mündelvermögen der obervormundschaftlichen Gestattung bedürfe, gilt für das gesammte Capitalvermögen des Mündels, ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen, körperlichen und unkörperlichen Sachen[1]; bloß ganz werthlose und überflüssige Sachen sind aus-

---

[7] Dieß gilt übrigens in gleicher Weise für jeden andern Verwalter fremden Vermögens. L. 34 §. 7 l. 46 D. de contr. emt. 18. 1, l. 5 §. 2 — l. 6 D. de auct. 26. 8. S. §. 388 Note 14. Anders, wenn der Vormund „palam" mit einem Mitvormund contrahirt, oder von einem Gläubiger des Mündels oder bei einer Versteigerung kauft. L. 5 §. 2—4 D. de auct. 26. 8, l. 2 §. 8 D. pro emt. 41. 4, l. 5 C. de contr. emt. 4. 38. Seuff. Arch. I. 84; s. aber auch V. 193. Arglistiger Verkauf an sich selbst wird mit dem Vierfachen gestraft, l. 46 D. de contr. emt. 18. 1.

[8] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich bezeugt, aber deßwegen nicht weniger unzweifelhaft. Auch auf dem Wege der Cession kann der Vormund sich nicht zum Gläubiger des Vormundes machen (§. 335. 2. c). Sich selbst ein Darlehn zu geben, ist dem Vormund gestattet, l. 9 §. 7 D. de adm. 26. 7.

[9] S. I §. 117 Note 3.

§. 441. * Dig. 27. 9 de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis. Cod. 5. 71 de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis. Cod. 5. 72—74. — Glück XXXII S. 444 fg. XXXIII S. 1 fg., Rudorff II S. 383 fg. Bachofen ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts Nr. 4.

[1] Das Erforderniß der obervormundschaftlichen Gestattung wurde ursprünglich — durch eine oratio des Kaisers Septimius Severus und einen darauf folgenden Senatsbeschluß, l. 1 §. 2 D. h. t. — nur für praedia urbana und suburbana (über diesen Begriff s. l. 16 C. h. t.) aufgestellt, durch die Jurisprudenz und die spätere kaiserliche Gesetzgebung aber, namentlich durch ein Gesetz Constantin's, in der angegebenen Weise erweitert. L. 3 §. 4. 5 D. h. t., l. 3 §. 6 l. 4 l. 5 pr. eod., l. 22. 25 C. de adm. 5. 37. Unkörperliche Sachen: dingliche Rechte, l. 3 §. 4. 5 D. h. t.; obligatorische Rechte, l. 25 C. cit., §. 2 I. quib. alien. 2. 8. In den beiden letzten Stellen

genommen[2]. Er gilt aber auch nur für das Capitalvermögen, nicht für die Einkünfte[3]; dieselben müßten denn über 2 Jahre rückständig sein, oder es müßte die rückständige Summe mehr als 100 Ducaten betragen[4].

2. Unter Veräußerung[5] ist nicht bloß die Veräußerung im engeren Sinne, d. h. die Uebertragung eines dem Mündel zustehenden Rechtes zu verstehen, sondern auch das bloße Aufgeben eines (erworbenen) Rechtes[6]. Auch der Antrag auf Theilung ist Veräußerung im Sinn der gesetzlichen Vorschrift[7]. Nichtunterbrechung einer Verjährung hindert nicht den Verlust des Rechtes, verpflichtet aber den dadurch Bereicherten zur Wiederherstellung desselben[8]. — Ob die Veräußerung eine totale, oder nur eine partielle ist, ist gleichgültig[9].

---

wird bestimmt, daß selbst Zahlung an den Vormund ohne richterliches Decret dem Mündel sein Forderungsrecht nicht nehmen solle (vgl. Seuff. Arch. I. 251, XI. 53; IX. 307); um so mehr bedarf Veräußerung des Forderungsrechtes durch Cession oder Novation der obervormundschaftlichen Zustimmung. L. 22 D. de adm. 26. 7, l. 20 §. 1 l. 34 §. 1 D. de nov. 46. 2 enthalten das Recht ihrer Zeit: die Compilatoren haben eine Aenderung dieser Stellen versäumt oder für überflüssig gehalten. Doch ist dieser Punkt streitig. Vgl. Mühlenbruch Cession §. 41, Glück XXX S. 10, Sintenis §. 149 Anm. 77. — S. noch l. 5 §. 2 D. h. t. „Si pupillus alienum fundum bona fide emtum possideat, dicendum puto, nec hunc alienare tutores posse". Ueber den Schluß dieser Stelle s. Glück XXXIII S. 6 Note 8, Bachofen S. 126 Note 40.

[2] L. 22 i. f. C. de adm. 5. 37, l. 4 C. quando decreto 5. 72.

[3] L. 28 §. 5 l. 25 C. de adm. 5. 37.

[4] L. 27 C. eod. Das Gesetz nennt 100 solidi: vgl. §. 367 Note 2. S. noch Sintenis §. 149 Note 76.

[5] Vgl. I §. 69 (S. 159).

[6] L. 5 §. 8 D. h. t., vgl. l. 7 C. h. t. Seuff. Arch. XIII. 100, XVIII. 148.

[7] L. 7 pr. D. l. 17 C. h. t., vgl. l. 1 §. 2 l. 5 §. 16 l. 6 D. h. t. Vgl. Bachofen S. 157 fg. Seuff. Arch. XIII. 149, XVI. 59.

[8] L. 3 §. 5 D. h. t. „An ergo (ususfructus) nec non utendo amittatur, si tutor causam praebuerit huius rei? Et manifestum est, restaurari debere". Vgl. l. 5 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. „Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem, vero post divortium condici posse". — In anderen Fällen tritt auf Grund einer Nichtthätigkeit des Vormundes die betreffende rechtliche Wirkung ohne die bezeichnete Verpflichtung ein, l. 3 §. 1 D. h. t., l. 23 C. de adm. 5. 37. —

3. Auf den Grund der Veräußerung[10] kommt nur insofern etwas an, als obervormundschaftliche Gestattung nicht erforderlich ist bei der Veräußerung zum Zweck der Erfüllung einer durch Erbschaft auf den Mündel übergegangenen Verpflichtung[11], ferner nicht bei der Verpfändung zum Zweck der Bestellung einer Proceßcaution in einem gegen den Mündel erhobenen Proceß[12].

4. Die obervormundschaftliche Gestattung[13] darf nur aus Gründen der Noth, nicht aus Gründen des Nutzens ertheilt werden; sonst ist sie nichtig[14]. Ferner ist sie nichtig, wenn sie

---

Daß der Pfandverkauf durch den nicht befriedigten Pfandgläubiger nicht unter die Senatsvorschrift falle, hatte für einen besonderen Fall diese selbst ausdrücklich ausgesprochen, und erkannte die Jurisprudenz und spätere Gesetzgebung ohne Beschränkung an. L. 1 §. 2 D. h. t., l. 2 C. si adv. vend. pign. 2. 29; l. 7 §. 1 D. h. t., l. 1 C. h. t. — Vgl. noch l. 3 §. 2. 3 D. h. t.

[9] L. 3 §. 5 l. 7 §. 5 l. 8 §. 2 D. h. t., l. ult. C. de reb. al. non alien. 4. 51.

[10] Im Einzelnen werden in den Quellen außer dem Kauf genannt: Tausch (l. 4 C. h. t.), Vergleich (l. 4 cit.), Schenkung (l. 4 cit., l. 4 C. si quis ign. 5. 73), Mitgiftbestellung und Eheschenkung (l. 22 C. de adm. 5. 37, l. 8 C. h. t.), Erfüllung (l. 5 §. 4. 5 D. h. t.), Leistung an Erfüllungsstatt (l. 15 C. h. t.).

[11] L. 5 §. 6. 7 D. h. t., l. 1 C. quando decr. 5. 72.

[12] L. 28 §. 3 C. de adm. 5. 37.

[13] Ueber die Competenzfrage s. Glück XXXIII S. 37. 43, Rudorff II S. 420. 421, Kraut II S. 147. — Das Recht der Beschwerde wegen Verweigerung der obervormundschaftlichen Gestattung steht nur dem Vormund selbst, nicht dem anderen Contrahenten zu: Seuff. Arch. XIX. 241.

[14] Die Senatsvorschrift selbst erlaubte die Gestattung der Veräußerung nur wegen drängender Schulden, l. 1 §. 2 D. h. t., und diese Beschränkung wiederholt Ulpian in seinem Commentar zu derselben, indem er Gründe des Nutzens ausdrücklich ausschließt, l. 5 §. 14 D. h. t. Von der anderen Seite wird in l. 61 §. 1 D. de I. D. 23. 3 auch Mitgiftbestellung für die Mündelin und in l. 6 C. h. t. „necessitas" überhaupt als rechtfertigender Veräußerungsgrund zugelassen. Ueber den Fall der Noth aber ist man nicht hinausgegangen. Zwar scheint l. 4 C. h. t. nach einem sehr nahe liegenden argumentum a contrario auch Veräußerung zum Zweck des Vergleiches und des Tausches zu gestatten; aber dieses Argument ist trügerisch. Denn es führt dahin, daß die Obrigkeit auch Schenkungen durch ihre Zustimmung gültig machen könne, und dem widerspricht mit ausdrücklichen Worten l. 3 C. si maior factus 5. 74: „cum donationes a minoribus necdum decreto celebrari possint . ." (vgl. Seuff. Arch. VIII. 61). Dieser Stelle gegenüber muß sich l. 17 D. de cur. fur. 27. 10 trotz aller entgegenstehenden Gründe

nicht nach gepflogener Untersuchung[15], oder wenn sie auf Grund unwahrer Angaben[16], oder anders als durch ein förmliches Decret ertheilt worden ist[16a].

5. Die obervormundschaftliche Gestattung wird ersetzt durch die Erlaubniß des Erblassers, von welchem die zu veräußernde Sache herrührt[17], und des Regenten[18].

6. Die ohne gehörige Gestattung geschehene Veräußerung ist nichtig; der Mündel kann daher das Veräußerte von jedem Besitzer abfordern[19], muß jedoch dem Besitzer ersetzen, worum er durch dessen Gegenleistung reicher geworden ist[20]. Daneben bleibt natürlich dem Mündel sein Entschädigungsanspruch gegen den Vormund unbenommen, so jedoch, daß die Durchführung des einen Anspruchs den anderen ausschließt[21].

---

bequemen, auf den Fall des Wahnsinns beschränkt zu werden. Sintenis §. 149 Anm. 94 nimmt auf Grund dieser letzteren Stelle an, daß die Obrigkeit aus Nützlichkeitsgründen Schenkungen, nicht aber andere Veräußerungen, genehmigen könne. — Die deutschen Particularrechte erweitern sehr gewöhnlich die Genehmigungsmacht der Obrigkeit auf Nützlichkeitsgründe, und Kraut II S. 145 fg. ist auf Grund davon geneigt, auch für das gemeine Recht ein Gewohnheitsrecht gleichen Inhalts anzunehmen. Dafür auch Seuff. Arch. III. 344. S. auch Rudorff II S. 419; andererseits aber Glück XXXIII S. 33 fg.

[15] L. 5 §. 9. 10. 11 l. 11 D. h. t., l. 6. 12 C. eod.

[16] L. 1 §. 2 l. 5 §. 15 D. h. t., l. 5 C. eod.

[16a] L. 6. 12 C. h. t.. Daß das Decret der Veräußerung vorhergehe, ist, obgleich in den Quellen als das Regelmäßige vorausgesetzt, nicht nothwendiges Erforderniß. Vgl. Glück XXXIII S. 45 fg., Rudorff II S. 424; auch in diesem Lehrbuch I §. 83 Note 5. 6.

[17] L. 1 §. 2 l. 14 D. h. t., l. 3 C. quando decr. 5. 72. Bachofen S. 153 fg.

[18] L. 2 C. quando decr. 5. 72. Vgl. Glück XXIII S. 97.

[19] L. 5 §. 15 (l. 1 §. 2) D. h. t., l. 3. 4. 8. 10. 11. 15. 16 C. h. t., l. 2. 3. 4 C. si quis ign. 5. 73. — Beweislast: Glück XXIII S. 56 fg., Rudorff II S. 428 fg. — Nichtigkeit des Kaufs auch für den Käufer nimmt an das Erk. bei Seuff. Arch. XIV. 101.

[20] L. 7 §. 5 l. 13 D. h. t., l. 4. 10. 14. 16 C. eod. — Die Behauptung Rudorff's (II S. 432) und Bachofen's (S. 144 fg.), daß in Betreff der in l. 13 cit. erwähnten Frage die strengere Meinung des Papinian über die mildere des Paulus die Oberhand gewonnen habe, kann trotz l. 16 C. cit. gegenüber l. 4. 10. 14 citt. als richtig nicht anerkannt werden; s. auch Sintenis §. 149 Anm. 114.

[21] L. 5 §. 15 l. 10 D. h. t. Vgl. Seuff. XIX. 163.

7. Die Nichtigkeit der Veräußerung wird gehoben durch eidliche Bestärkung des geschlechtsreifen Mündels[22], oder einfache Genehmigung nach erreichter Großjährigkeit[23]; ferner durch fünfjähriges Schweigen des Mündels nach erreichter Großjährigkeit[24].

---

[22] L. 1 C. si adv. vend. 2. 28 und dazu Auth. Frid. II. Sacramenta puberum. S. I §. 83[a] Note 4.

[23] L. 2 si maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit 5. 74, l. 1. 2 C. si maior factus ratum habuerit 2. 46.

[24] L. 3 C. si maior factus 5. 74, von Justinian. Aelteres Recht: l. 2 C. eod., l. 3. 4 C. si quis ign. 5. 73, l. 1 C. Th. de praed. min. sine decreto non alienandis 3. 32. Die l. 3 C. cit. hat eine ganze Literatur; s. außer Glück XXXIII S. 73 fg. und Rudorff II S. 435 fg.: v. Berg jur. Beobachtungen und Rechtsfälle I. 7 (1802), G. Ph. v. Bülow Abhandl. über einz. Materien des röm. bürg. R. I S. 251—264 (1817), Marezoll Arch. f. civ. Pr. VIII S. 279 fg. (1825), v. Buchholtz jur. Abhandlungen Nr. 19 (1833), Unterholzner Verjährungslehre II §. 163 (2. Aufl. 1858). Die Punkte, auf welche es hauptsächlich ankommt, sind folgende. a) Bezieht sich das Gesetz, wie im Text angenommen worden ist, auch auf die Veräußerung von Sachen geschlechtsunreifer, oder nur auf die Veräußerung von Sachen geschlechtsreifer Mündel? Der Zweifelsgrund ist, daß das Gesetz nur von minores spricht. Aber dieß erklärt sich vollkommen daraus, daß die Verjährung, welche es einführt, erst von der maior aetas an laufen soll. Auch die l. 1 C. Th. cit. nennt nur die minores. A. M. Glück S. 78 fg., v. Bülow S. 255 fg, v. Buchholtz S. 251, Unterholzner S. 49, Seuff. Arch. XVI. 121; übereinstimmend Rudorff S. 440, Seuff. Arch. XI. 160. Vgl. noch Sintenis §. 149 Anm. 118. b) Bezieht sich das Gesetz auch auf den Fall, wo der Vormund für den Mündel, oder nur auf den Fall, wo der Mündel selbst gehandelt hat? Das Gesetz setzt in seinem späteren Verlauf den Minderjährigen als Handelnden voraus; im Anfange aber heißt es allgemein: „Si quando sine decreto minorum . . . res alienantur vel supponuntur". Wenn man geltend macht, daß im Fall der Veräußerung durch den Vormund die Wissenschaft des Mündels von derselben eine zweifelhaftere sei, so ist darauf zu antworten, daß nach der Bestimmung des Gesetzes die Verjährung auch gegen den Erben des Minderjährigen laufen soll, bei welchem die Möglichkeit des Nichtwissens noch viel näher liegt. Uebereinstimmend Glück S. 84, v. Buchholtz S. 252, Rudorff S. 440, Seuff. Arch. XI. 160; a. M. Unterholzner S. 48. c) Gehoben wird durch den Ablauf der 5 Jahre nur diejenige Ungültigkeit, welche ihren Grund in dem Mangel der obrigkeitlichen Genehmigung hat, nicht die Ungültigkeit der Veräußerung überhaupt. Daher nimmt das Gesetz selbst den Fall der Schenkung aus: „cum . . donationes a minoribus necdum decreto celebrari possint". Die folgenden Worte: „si minor vel post veniam aetatis rem immobilem donationis titulo in alium . . transscripserit" sind so zu verstehen: si minor rem, vel post veniam

§. 442.

Was die formale Seite der rechtlichen Thätigkeit des Vormundes in Angelegenheiten des Mündels angeht, so ist es heutzutage das Gewöhnliche und fast Ausschließliche, daß der Vormund im Namen des Mündels handelt[1], während dieß bei den Römern nur in beschränktem Maße zulässig war[2]. Der Vormund

---

aetatis rem immobilem *cet.*, und erklären sich aus l. 3 C. qui veniam 2. 45. Vgl. über diesen Schluß der Stelle Glück S. 93 fg., v. Bülow S. 262 fg., Marezoll a. a. O., v. Buchholtz S. 253 fg., Rudorff S. 442 fg., Sintenis Anm. 118 a. E. d) Durch den Ablauf der fünf Jahre wird nicht etwa bloß eine Einrede zu Gunsten des Besitzers erzeugt, sondern es wird die nichtige Veräußerung gültig gemacht, und zwar von Anfang an; das Gesetz sieht in dem Stillschweigen während fünf Jahre eine Bestätigung (confirmatio). „Ideoque praecipimus, si per quinque continuos annos post impletam minorem aetatem . . nihil conquestus est super tali alienatione vel suppositione is qui eam fecit vel heres eius, minime posse retractari eam occasione praetermissi decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita". Ueber diesen Punkt ist kein Streit. e) Es kann mit Fug nicht bezweifelt werden, daß im Sinne des Gesetzes zur Unterbrechung des „silentium" Klaganstellung erforderlich ist. Glück S. 90 fg., v. Bülow S. 260 fg., Rudorff S. 441.

1 Vgl. Kraut II S. 115, Sintenis III S. 182 in der Anm. §. 442.

2 S. I §. 73, II. §. 313. Bei den Römern mußte, abgesehen von Ausnahmefällen (s. die genannten §§.), der Vormund entweder den Mündel selbst handeln lassen (s. das im Text sogleich Folgende), oder, bei Erwerbshandlungen, einen Sclaven des Mündels (l. 9 pr. D. de adm. 26. 7, l. 2. 6 D. rem pup. 46. 6), oder er mußte in eigenem Namen handeln, also sich selbst berechtigen und verpflichten. In diesem letzteren Falle gingen aber die in seiner Person erzeugten Rechte und Verbindlichkeiten, wenn nicht sofort, so doch jedenfalls nach beendigter Vormundschaft von Rechtswegen auf den Mündel über; und auch während der Dauer der Vormundschaft konnten die von ihm übernommenen Verbindlichkeiten gegen ihn selbst, wenn überhaupt, nur bis zum Belange des Mündelvermögens geltend gemacht werden. L. 9 pr. D. de adm. 26. 7, l. 2 D. quando ex facto 26. 9, l. 2. 4 C. eod. 5. 39; l. 26 C. de adm. 5. 37, l. 1 C. quando ex facto 5. 39; l. 43 §. 1 D. de adm. 26. 7, vgl. l. 4 §. 1 D. de evict. 21. 2; l. 2 pr. D. de adm. 26. 7, l. 6. 7 D. quando ex facto 26. 9, l. 4 §. 1 D. de re iud. 42. 1, vgl. l. 5 D. quando ex facto 26. 9, l. 1 C. eod. 5. 39, l. 15 D. si quis caut. 2. 11. Anders, wenn der Vormund nicht nur in eigenem Namen, sondern auch gar nicht als Vormund handelte: l. 39 §. 4 l. 43 §. 1 D. de adm. 26. 7, l. 5 §. 1 D. quando ex facto 26. 9, l. 4 C. si tut. vel cur. interv. 2. 25; auch l. 46 §. 2 D. de adm. 26. 7 ist wohl hierher zu stellen (§. 439 Note 10). Zur

kann aber auch den Mündel selbst handeln lassen. In diesem letzteren Falle besteht dasjenige, was der Vormund seinerseits zu der Handlung des Mündels hinzuzuthun hat, wenn der Mündel das Alter der Geschlechtsreife noch nicht erreicht hat, in einer Theilnahme an der Handlung selbst, während bei geschlechtsreifen Mündeln jede irgendwie erklärte Zustimmung hinreicht[3].[4]

Inwiefern der Mündel durch Rechtshandlungen, welche er ohne alle Mitwirkung des Vormundes vornimmt, eine rechtliche Wirkung für sich zu erzielen im Stande ist, ist eine nicht hierher gehörige, und oben (I §. 71) beantwortete Frage. Aus dem daselbst Gesagten ist hier noch besonders hervorzuheben, daß die obervormundschaftliche Gestattung zu Veräußerungen ganz ebenso

---

Vervollständigung des Quellenmaterials ist noch hinzuzufügen: l. 11 §. 7 D. de pign. act. 13. 7, l. 5 C. quando ex facto 5. 39. Vgl. über das Ganze Mühlenbruch Cession S. 136. 141. 142, Savigny Obl. II S. 36 fg., Buchka Stellvertret. §. 7, Schmid Cession I S. 389 fg. 396 fg.

[3] Theilnahme an der Handlung: auctoritatis interpositio; Zustimmung: consensus. L. 9 §. 5 D. de auct. 26. 8 (§. 2 I. eod. 1. 21). „Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri; post tempus vero aut per epistolam interposita eius auctoritas nihil agit". Bei schriftlichem Abschluß des Rechtsgeschäftes kann die auctoritas aber auch schriftlich ertheilt werden, l. 9 §. 6 D. h. t. Bedingung (und Befristung) sind nicht zuläßig, l. 8 eod. — Vielfach wird allerdings behauptet, daß nach heutigem Recht in allen Fällen consensus des Vormundes genüge. Vgl. über diese Frage Glück XXX S. 477. 478, Kraut II S. 114 fg. Andererseits sucht Sintenis III S. 182 fg. in der Anm. auszuführen, daß nach heutigem Recht nachträgliche Genehmigung weder bei impuberes, noch bei minores hinreiche.

[4] Kann der Vormund rechtliche Wirkungen für den Mündel auch durch Handeln in eigenem Namen hervorrufen? Ein hierher gehöriger Fall aus dem römischen Recht ist in Note 2 bezeichnet. In diesem Falle handelte aber der Vormund, wenn auch in eigenem Namen, doch immerhin in seiner Eigenschaft als Vormund (s. namentlich l. 43 §. 1 D. de adm. 26. 7), während heutzutage in der Erklärung des Vormundes, daß er als Vormund handele, auch die Erklärung gefunden werden muß, daß er im Namen des Mündels zu handeln gewillt sei. Wie aber wenn er bei der Handlung als Vormund gar nicht hervortritt? Durch eine Handlung dieser Art kann er nur in dem einen Fall rechtliche Wirkungen für den Mündel hervorrufen, wo die Handlung eine Veräußerung enthält (der Vormund überträgt z. B. eine Sache des Mündels als seine eigene zu Eigenthum — l. 10 §. 1 D. de cur. fur. 27. 10 geht auf eine mala fide vorgenommene Veräußerung —), und eine solche Veräußerung wird wegen Mangels des obervormundschaftlichen Consenses immer ungültig sein.

erforderlich ist, wenn der Minderjährige allein, als wenn er durch den Vormund oder mit dem Vormund handelt[5]. Selbst die Großjährigkeitserklärung macht die obervormundschaftliche Gestattung zwar wohl bei beweglichen, aber nicht bei unbeweglichen Sachen unnöthig[6].

γ. Rechtsverhältniß bei Mehrheit der Vormünder*.

§. 443.

Wenn der Mündel mehrere Vormünder hat, so ist es möglich: 1) daß die Berufung eines jeden derselben auf einen besonderen, örtlich oder sachlich abgegrenzten, Geschäftskreis geht[1]; oder 2) daß zwar jeder Vormund auf die ganze Vormundschaft berufen, die Verwaltung derselben aber zwischen den Mehreren getheilt[2] oder Einem ausschließlich übertragen[3] ist; oder endlich 3) daß auch die Verwaltung der Vormundschaft, wie diese selbst, ungetheilt ist. Im ersten Fall ist die rechtliche Stellung eines jeden Vormundes

---

[5] L. 4. 11. 16 C. de praed. min. 5. 71, l. 3 C. si maior fact. 5. 74.

[6] L. 3 C. de his qui ven. 2. 45.

* Glück XXIX S. 173 fg. XXX S. 353 fg., Rudorff II S. 231 fg. III S. 22 fg., v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XI S. 3 fg., Baron Gesammtrechtsverhältnisse §. 39. §. 443.

[1] Der Beschränkung der ursprünglichen Berufung steht es natürlich gleich, wenn gegen die Berufung für einen Theil der Vermögensverwaltung ein Ablehnungsgrund geltend gemacht und durchgeführt wird. Anders, wenn einem Vormund für einen Theil der Geschäfte, ohne Entbindung von denselben, nur ein Nebenvormund zugeordnet wird. S. l. 27 pr. D. de tut. dat. 26. 5, l. 6 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1, und die Stellen in §. 433 Note 34; l. 21 §. 2—4 D. de excus. 27. 1; l. 9 §. 9 D. de adm. 26. 7, l. 5 C. in quib. cas. tut. habenti 5. 36.

[2] L. 36 D. de adm. 26. 7: — „divisio tutelae, quae non iuris, sed iurisdictionis est".

[3] Der verwaltende tutor heißt tutor gerens, ihm gegenüber der nicht verwaltende tutor honorarius. L. 3 §. 2 D. de adm. 26. 7, l. 14 §. 1 D. de solut. 46. 3, l. 60 §. 2 D. de R. N. 23. 2. Neben dem tutor honorarius wird in den Quellen noch der tutor notitiae causa datus genannt. Derselbe hat dem verwaltenden tutor gegenüber die Stellung eines tutor honorarius, außerdem aber die Pflicht, denselben durch seine Sachkenntniß zu unterstützen. L. 14 §. 1. 6 D. de solut. 46. 3, l. 32 §. 1 D. de test. tut. 26. 2, l. 1 C. de per. tut. 5. 38.

die gleiche, als wenn er allein Vormund wäre[4]. Im zweiten Fall hat jeder Vormund Recht und Pflicht der Verwaltung nur so weit, als sie ihm überwiesen ist[5]; er ist aber außerdem verpflichtet, die Verwaltung der Mitvormünder zu überwachen, und kann, wenn er in dieser Beziehung etwas versäumt, aus den Fehlern derselben in zweiter Linie auch seinerseits in Anspruch genommen werden[6]. Im dritten Fall endlich hat jeder Vormund Recht und Pflicht der Verwaltung ungetheilt[7]; er wird aber, was das Recht der Verwaltung angeht, durch den Widerspruch eines jeden Mitvormundes gehemmt[8]; und was die Pflicht der Verwaltung an-

---

[4] L. 3 C. de in lit. dando 5. 44.

[5] a) Recht der Verwaltung: l. 4 l. 51 D. de adm. 26. 7, l. 100 D. de solut. 46. 3, l. 4 D. de auct. 26. 8, l. 5 C. eod. 5. 59. Wie, und ob überhaupt, mit diesen Stellen l. 14 §. 1 D. de solut. 46. 3 und l. 49 D. de acq. vel om. her. 29. 2 zu vereinigen seien, ist sehr bestritten. S. darüber Glück XXIX S. 184 fg., Rudorff II S. 302 fg., Vangerow I §. 281 Anm., Baron S. 415—416, und die von diesen Schriftstellern Citirten. Jedenfalls können die genannten Stellen für das heutige Recht, nach welchem die Befugniß zur Verwaltung durch die Obrigkeit ausdrücklich verliehen werden muß (§. 436 Note 2), keine Schwierigkeit machen. Seuff. Arch. XV. 228. b) Pflicht der Verwaltung: l. 2 C. de per. 5. 38, l. 2 C. de div. tut. 5. 52, l. 51 l. 55 pr. i. f. D. de adm. 26. 7. S. übrigens auch l. 39 §. 3. 7 l. 47 §. 2 D. de adm. 26. 7. c) Die gegen den Mündel begründeten Ansprüche können gegen jeden Vormund geltend gemacht werden, welcher etwas aus dem Vermögen des Mündels in Händen hat, l. 36 l. 47 §. 7 D. de adm. 26. 7. Ueber l. 2 C. eod. 5. 37 s. Glück XXX S. 413 fg.

[6] L. 3 §. 2 l. 9 §. 8 l. 19 l. 41 l. 55 §. 4 D. de adm. 26. 7, l. 60 §. 2 D. de R. N. 23. 2, l. 12 D. rem. pup. 46. 6 (wo statt „idone*a* culpa" zu lesen ist „idone*i* culpa"), l. 2 C. de div. tut. 5. 52, l. 1 C. de per. tut. 5. 38. Vgl. §. 298 Note 9. — Daß der Vormund erst in zweiter Linie haftet, will in diesem Falle (vgl. Note 10) sagen, daß er erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn auch von der Obervormundschaftsbehörde (§. 445) nichts zu erlangen ist. L. 1 §. 15 D. de tutelae 27. 3, l. 46 §. 6 D. de adm. 26. 7.

[7] a) Recht der Verwaltung: l. 3 pr. l. 24 §. 1 D. de adm. 26. 7, l. 14 §. 5 D. de solut. 46. 3, l. 1 C. si ex plurib. 5. 40, l. 4 pr. l. 5 pr. D. de auct. 26. 8, l. 5 C. eod. 5. 59. Vgl. Ulp. XI. 26. Seuff. Arch. XVII. 259, XIX. 162. b) Pflicht der Verwaltung: s. Note 9 u. 10. Anders jedoch in dem Falle, wo jede Vormundschaft auf einem besonderen Berufungsgrunde beruht, l. 46 §. 6 D. de adm. 26. 7.

[8] Arg. l. 7 §. 3 D. de cur. fur. 27. 10. Vgl. Sintenis §. 151 Note 4. Anders Baron S. 414—415.

geht, so haftet er zwar aus den Fehlern der Mitvormünder unbedingt, da er seinerseits sich der Sache hätte annehmen sollen[9], aber ebenfalls erst in zweiter Linie[10]. — Uebrigens kann sowohl Theilung der Verwaltung, als Uebertragung der Verwaltung an Einen Vormund ausschließlich, mit rechtlicher Wirkung nur durch die Obervormundschaftsbehörde geschehen[11], und namentlich

---

[9] — „tenetur etiam ob rem, quam non gessit, cum gerere deberet", l. 5 D. de mag. conv. 27. 8. S. ferner l. 55 pr. D. de adm. 26. 7, l. 2 C. de div. tut. 5. 52, und die in der folgenden Note citirten Stellen. Vgl. Ribbentrop Correalobl. S. 59—72, und über l. 14 D. de adm. 26. 7 und l. 1 C. si tutor vel curator non gesserit 5. 55 dens. §. 10 Note 7. Kann ausnahmsweise dem Vormund ein Vorwurf daraus nicht gemacht werden, daß er sich der Sache nicht angenommen hat, so haftet er auch nicht. A. M. Sintenis §. 151 Note 5.

[10] L. 39 §. 11 l. 55 §. 2 D. de adm. 26. 7, l. 8 C. eod. 5. 37, l. 5 i. f. C. in quib. cas. tutorem habenti 5. 36, l. 6 C. arb. tut. 5. 51, l. 2. 3 C. de div. tut. 5. 52, l. 2 C. de her. tut. 5. 54, l. 1 C. si tutor. vel cur. reip. causa 5. 64. Vgl. §. 298 Note 9. — Der Vormund haftet aber in diesem Falle nicht hinter, sondern vor der Obervormundschaftsbehörde, l. 1 §. 15 D. de tutelae 27. 3, l. 46 §. 6 D. de adm. 26. 7, l. 4 C. de mag. conv. 5. 75. Der Gegensatz dieser Bestimmung gegen die entsprechende Bestimmung im Falle der Note 6 erklärt sich so: der Vormund ist in diesem Falle, wenn er gleich den Fehler nicht selbst gemacht hat, doch immerhin Schuld daran, daß derselbe gemacht worden ist, während er in dem Falle der Note 6 nur daran Schuld ist, daß der den Fehler begehende Vormund Vormund geblieben ist. In beiden Fällen ist der Fehler auf ihn zurückzuführen; aber im ersten Falle direct, im zweiten nur indirect.

[11] Nach römischem Recht auch durch den letztwilligen Ernenner. Wenigstens erkennt dieß mit Bestimmtheit l. 2 C. de div. tut. 5. 52 an, während l. 3 D. de adm. 26. 7 (s. namentlich §. 1 und 3) die letztwillige Ernennung nur als Grundlage obrigkeitlicher Anordnung auffaßt. Für das heutige Recht ist die Frage durch die Nothwendigkeit der bei jeder Vormundschaft eintretenden obrigkeitlichen Bestallung erledigt. — Bei ihrer Anordnung soll die Obervormundschaftsbehörde auf die Wünsche der Vormünder oder ihrer Mehrheit Rücksicht nehmen. L. 3 §. 6 — l. 4 D. de adm. 26. 7, §. 1 I. de satisd. 1. 24, l. 3 pr. D. de post. 3. 1, l. 3 §. 5 D. iud. solvi 46. 7, Nov. 118 c. 5. Ein anderer in den Quellen angeführter Bestimmungsgrund für die obervormundschaftliche Anordnung, daß sich nämlich von mehreren an und für sich zur Sicherheitsleistung nicht verpflichteten Vormündern Einer, um die Verwaltung allein zu erhalten, zur Sicherheitsleistung erbietet (l. 17—19 §. 1 D. de test. tut. 26. 2, l. 5 §. 3. 4 D. de leg. tut. 26. 4, l. 4 C. de tut. vel cur. qui satis non dedit 5. 42, §. 1 I. cit.), fällt für das heutige Recht weg (§. 436 Note 6).

bindet eine Vereinbarung der Vormünder unter sich weder den Mündel, noch überhaupt einen Dritten[12].

Wenn ein Vormund wegen Insolvenz des Mitvormundes etwas leisten muß, wofür er erst in zweiter Linie haftet, so kann er sowohl von dem Mündel, welchen er befriedigt, Abtretung der diesem gegen den Mitvormund zustehenden Forderung verlangen, als auch ohne diese Abtretung direct auf den Mitvormund zurückgreifen[13]. Mehrere Vormünder, welche sich in der gleichen Lage befinden[14], haben die Rechtswohlthat der Theilung[15], und wenn Einer wegen Insolvenz des Mitvormundes das Ganze leisten muß, so hat derselbe ebenfalls sowohl einen Anspruch gegen den Mündel auf Forderungsabtretung, als einen directen Rückgriff gegen den Mitvormund[16].

---

[12] L. 5 D. de mag. conv. 27. 8, l. 2 i. f. l. 3 C. de div. tut. 5. 52. S. auch l. 5 §. 3 l. 55 pr. §. 2 D. de adm. 26. 7.

[13] L. 30 D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 §. 13 l. 18 D. de tutelae 27. 3, l. 2 C. de contr. iud. tut. 5. 58. Vgl. §. 298 Note 12. 13. Ueber die Natur des Anspruchs gegen den Mitvormund s. unten Note 16.

[14] S. außer den im Folgenden genannten Stellen noch l. 39 §. 11 l. 55 §. 3 D. de adm. 26. 7, l. 15 D. te tutelae 27. 3, l. 6 C. arb. tut. 5. 51, l. 2 C. de div. tut. 5. 52, l. 1 §. 43 D. dep. 16. 3.

[15] L. 38 pr. §. 1 D. de adm. 26. 7, l. 1 §. 11. 12 D. de tutelae 27. 3, l. 6 D. de fidei. tut. 27. 7. Vgl. §. 298 Note 10, und Sintenis §. 151 Note 8. Seuff. Arch. V. 297.

[16] L. 1 §. 13 l. 21 D. de tutelae 27. 3, l. 6 C. arb. tut. 5. 51, l. 2 C. de div. tut. 5. 52. Ausnahme für den Fall gemeinschaftlicher Arglist: l. 1 §. 14 D. de tutelae 27. 3, l. 38 §. 2 D. de adm. 26. 7. Vgl. §. 298 Note 12. 13. — Der Anspruch gegen den Mitvormund wird in diesem Fall, wie in dem Falle der Note 13, als utilis actio bezeichnet, l. 1 §. 13 D. de tutelae 27. 3, l. 2 C. de contr. iud. tut. 5. 58, und es liegt nahe, diese utilis actio als die durch gesetzliche Cession (§. 330 Nr. 3) übertragene actio des Mündels aufzufassen. Diese Meinung wird vertreten von Glück XXX S. 375 fg., v. Lindelof Arch. f. civ. Pr. VII. 6, Mühlenbruch Cession S. 474 fg., Rudorff III S. 37, Schmid Cession I S. 359 fg. Gegen dieselbe spricht l. 76 D. de sol. 46. 3; wenn Modestin hier hervorhebt, daß die durch den Mündel vorgenommene Cession in dem Falle unwirksam sei, wo sie erst nach erhaltener Befriedigung vorgenommen werde, so kann er unmöglich angenommen haben, daß dem Vormund auch ohne Cession des Mündels dessen Klagerecht zustehe. Gegen die bezeichnete Meinung spricht ferner, wenngleich nicht in entscheidender Weise, l. 30 D. de neg. gest. 3. 5, wo das Klagerecht des Vormundes als negotiorum gestorum actio bezeichnet wird (§. 431 Note 12).

δ. Haftung von Neben- und anderen Personen.

§. 444.

1. Neben dem Vormund haften die von ihm bestellten Bürgen[1], nach den gewöhnlichen Grundsätzen; nur daß die Rechtswohlthat der Theilung (§. 479) hier wegfällt[2]. Dem Bürgen steht gleich, wer vor der Obervormundschaftsbehörde die Versicherung der Tüchtigkeit des Vormundes abgegeben hat, ausdrücklich[3], oder stillschweigend durch Erbittung[4] oder Vorschlagung[5]

Das Argument, welches man für die bezeichnete Meinung aus l. 2 §. 9 D. de adm. rer. 50. 8 herleitet, ist sehr zerbrechlich (es heißt: in collegam, und es ist nicht nothwendig, hinter solet zu interpungiren), und ebenso wenig entscheidend ist die von Schmid geltend gemachte l. 3 D. de mag. conv. 27. 8. Das Praktische der Frage liegt darin, daß, wenn die utilis actio auf gesetzlicher Cession beruht, sie dem Vormund auch die Nebenrechte der Forderung des Mündels gewährt.

[1] Dig. 27. 7 de fideiussoribus et nominatoribus . . tutorum et curatorum; 46. 6 rem pupilli vel adolescentis salvam fore. Cod. 5. 57 de fideiussoribus tutorum vel curatorum. — Bei den Römern war es gebräuchlich, als Grundlage der Bürgschaft noch eine besondere Stipulation abzuschließen. Dieselbe nahm den Inhalt der actio tutelae in sich auf (l. 1 l. 4 §. 6 l. 9. 10. 11 D. rem pup. 46. 6), nicht jedoch auch den Inhalt der actio utilis wegen nicht übernommener Verwaltung (l. 4 §. 3. 7 D. eod., vgl. §. 438 Note 4a). Das Letztere ist eine Eigenthümlichkeit eben der Stipulation rem pupilli salvam fore, und hat daher für uns keine Bedeutung mehr. — Zu l. 2 i. f. C. h. t. vgl. Keller Litiscontest. und Urtheil S. 566, Rudorff III S. 139. 143—145. §. 444.

[2] L. 12 D. rem. pup. 46. 6. Ueber l. 7 D. de fid. tut. 27. 7 s. Glück XXXII S. 382 fg., Keller a. a. O. S. 437, Rudorff III S. 143—145, Girtanner Bürgsch. S. 467.

[3] Affirmator. L. 4 §. 3 D. de fid. tut. 27. 7, vgl. l. 13 pr. D. de min. 4. 4.

[4] Postulator. L. 2 D. de fid. tut. 27. 7, l. 2 §. 5 D. qui petant 26. 5, vgl. l. 3 C. si mater indemnitatem 5. 46.

[5] Nominator. Rubr. tit. Dig. 27. 7 de fideiussoribus et nominatoribus . . . tutorum vel curatorum, l. 2 eod. Die nominatio fand zweifelsohne ihre Hauptanwendung bei der im Justinianischen Recht verschwundenen potioris nominatio (§. 435 Note 2); s. aber auch l. 1 §. 3 D. de mag. conv. 27. 8, l. 2 C. qui petant 5. 31. Vielfach ist in den Quellen auch von einer nominatio der Municipalmagistrate die Rede (l. 1 §. 5. 10 D. de mag. conv. 27. 8, l. 1. 4. 5 C. eod. 5. 75, l. 28 D. de tut. dat. 26. 5, l. 6 C. qui dare 5. 34); diese hafteten aber nicht nach dem Recht der Bürg-

einer bestimmten Person. — Steht der Vormund unter väterlicher Gewalt, so entscheiden über die Verpflichtung des Vaters aus seiner Person die gewöhnlichen Grundsätze[6]. — In letzter Linie kann auch die Obervormundschaftsbehörde in Anspruch genommen werden. S. darüber den folgenden §.

2. Derjenige, welcher ohne Vormund wirklich zu sein, als Vormund thätig wird, steht zu dem Quasi-Mündel in dem gleichen Verpflichtungsverhältniß, wie der wirkliche Vormund[7], und nur in dem Fall, wo der Quasi-Mündel gar keinen Vormund haben kann, entscheiden die Grundsätze von der gewöhnlichen Geschäftsführung[8]. Wie der Vormund haftet auch dessen Erbe, wenn dieser nach dem Tode des Vormundes die Verwaltung des Mündelvermögens freiwillig fortführt, oder etwas von demselben an sich nimmt[9]. Zur Vollendung der vom Vormunde begonnenen Ge-

---

schaft, sondern nach dem Rechte der actio subsidiaria (§. 445), und daher erst hinter den Bürgen und dem mitverwaltenden Vormund, l. 4 C. de mag. conv. 5. 75.

[6] Actio de peculio, l. 21 l. 37 §. 2 D. de adm. 26. 7, l. 11 D. de tutelae 27. 3, l. 1 C. quod cum eo 4. 26; actio de in rem verso, l. 21 D. cit., l. 1 C. cit. Auch die actio quod iussu findet hier eine analoge Anwendung: „si pater tutelam agnovit" (sc. ut suam), l. 7 D. de tut. 26. 1, l. 21 D. cit., l. 1 C. cit.

[7] Dig. 27. 5 de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit. Cod. 5. 45 de eo qui pro tutore negotia gessit. Er haftet also ebenfalls nur für diligentia quam suis (l. 4 D. h. t.), vorausgesetzt jedoch, daß er in gutem Glauben gewesen ist; denn wußte er, daß er nicht Vormund sei, so haftet er nach der Regel des §. 438 Note 6 z. A. für omnis culpa. S. auch l. 53 §. 3 D. de furt. 47. 2 und vgl. Zimmern Arch. f. civ. Pr. I. 19. Contrarium iudicium: l. 5 D. h. t. Daß der Quasi-Vormund nicht die gleiche Macht hat, wie der wirkliche Vormund, versteht sich von selbst. S. l. 2 D. l. 2 C. h. t., tit. Dig. 27. 6 quod falso tutore auctore gestum esse dicetur, und vgl. Neustetel Arch. f. civ. Pr. I. 18.

[8] L. 1 §. 6 D. h. t., l. 24 D. de tutelae 27. 3.

[9] L. 4 pr. §. 2 D. de . . heredibus tutorum et curatorum 27. 7, l. 1 §. 1 D. eod., l. 4 C. eod. 5. 54, l. 7 §. 13 D. de adm. 26. 7, l. 1. 2. 4 C. de in lit. iur. 5. 53. Der Erbe haftet in diesem Fall, wie der Vormund: also für diligentia quam suis. L. 4 pr. cit.: — „tutelae iudicio eum teneri suo nomine". Von Anderen wird zwar behauptet, er hafte nur für lata culpa, auf Grund von l. 4 §. 1 D. h. t. Aber wenn man bedenkt, wie wenig inneren Grund eine solche Milderung haben würde (der Erbe will sich entweder unrechtmäßiger Weise bereichern, oder nimmt Geschäfte in die Hand,

schäfte ist der Erbe verpflichtet, haftet dabei aber nur für grobe Nachlässigkeit[10].

d. Obervormundschaft.

§. 445.

Die Obervormundschaft, deren Functionen im Vorhergehenden angegeben worden sind[1], wird, wo nicht das Particularrecht abweichende Bestimmungen enthält, durch das ordentliche Gericht erster Instanz geführt[2]. Versäumt dasselbe etwas von den ihm obliegenden Pflichten, so haftet es[3] dem Mündel auf Schaden-

zu deren Besorgung ihn Niemand nöthigt), so wird man geneigt sein, die l. 4 §. 1 cit. dadurch zu beseitigen, daß man sie auf den Fall der Fortsetzung von Geschäften bezieht, welche der Vormund unvollendet hinterlassen hat (Note 10). L. 17 C. de neg. gest. 2. 19 handelt entweder von demselben Fall, oder von der Verhaftung des Erben für die Schuld des Vormundes (§. 438 Note 9). Noch Andere wollen den Erben für levis culpa schlechthin haften lassen; dieß stimmt ebensowenig zu dem „tutelae iudicio" in l. 4 pr. cit. Vgl. Glück XXXII S. 370 fg., Rudorff III S. 48.

[10] L. 1 pr. D. h. t. 27. 7, l. 27 D. de app. 49. 1, l. 1 §. 1 D. si pendente app. 49. 13. Vgl. §. 408 Note 12, §. 411 Note 6.

[1] S. §. 433 Note 10 und Nr. 3, §. 434 z. A. und Nr. 2, §. 435 Note §. 445.
4, §. 436, §. 437 Nr. 5, §. 438 Note 16 und Nr. 3, §. 439 Note 13, §. 441, §. 443 Note 11.

[2] Die Obervormundschaft bildet einen Zweig der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Competent ist das Gericht des Wohnsitzes des Mündels (das römische forum originis ist hier, wie überhaupt, unanwendbar, vgl. l. 1 §. 2 D. de tut. dat. 26. 5, l. un. C. ubi petantur 5. 32, Rudorff I S. 370. 372), welcher Wohnsitz regelmäßig der letzte Wohnsitz des Vaters sein wird. Vgl. Savigny Syst. VIII S. 341, Rudorff I S. 373, Glück XXIX S. 456—458. Seuff. Arch. VI. 49, X. 62, XI. 299, XIX. 240. Hat aber der Mündel Vermögen in mehreren Gerichtsbezirken, so kann ihm in jedem derselben ein besonderer Vormund bestellt werden, wo dann auch jedes bestellende Gericht für das betreffende Vermögen eine besondere Obervormundschaft führt. L. 27 pr. D. de tut. dat. 26. 5, l. 21 §. 2 D. de excus. 27. 1, l. 2 C. eod. 5. 62. Glück XXIX S. 457, Rudorff I S. 371, Sintenis III §. 147 Note 88. Seuff. Arch. IV. 130, XIX. 239; vgl. IV. 131 und VIII. 148.

[3] Dig. 27. 8 Cod. 5. 75 de magistratibus conveniendis. R.P.O. Tit. 32 (31) §. 3. Glück XXIX S. 406 fg., Rudorff III S. 153 fg. — Nach römischem Recht hafteten nur die magistratus municipales (diese auf Grund eines Senatsschlusses aus der Regierung K. Trajan's, l. 5 C. h. t.), nicht die höheren Magistrate (l. 1 pr. §. 3 D. l. 5 C. h. t.; l. 2 §. 8 D. l. 6 C. h. t.;

ersatz, d. h. es muß seinerseits die Verbindlichkeit des Vormundes erfüllen[4], wenn weder von diesem noch von den für ihn haftenden Nebenpersonen etwas zu erlangen ist[5]. Ist ein Mitvormund vorhanden, so muß bei ungetheilter Verwaltung auch dieser vorher ausgeklagt werden, während das Obervormundschaftsgericht vor demselben haftet, wenn die Verwaltung getheilt oder der Mitvormund ganz von der Verwaltung entbunden war[6]. Bei collegialischer Besetzung des Obervormundschaftsgerichts haften die Schuldigen solidarisch[7]; jedoch haben diejenigen, welche sich in gleicher Schuld befinden, abgesehen von dem Falle der Arglist, die Rechtswohlthat der Theilung[8], diejenigen, welche dem Collegen ein Geschäft überlassen haben, dessen Besorgung ihnen selbst in gleicher Weise obgelegen hätte, oder welche es nur an

l. 1 §. 1 D. h. t., §. 4 I. de satisd. tut. 1. 24), und auch jene nur wegen Nichtbestellung eines Vormundes, oder weil sie nicht für gehörige Bürgschaftsleistung der Bestellten gesorgt hatten, oder wegen unrichtiger Informirung des höheren Magistrats (l. 1 §. 6 D. h. t., l. 1 §. 11. 17 D. eod., l. 2 §. 5 D. ad mun. 50. 1, §. 2 I. de satisd. tut. 1. 24; l. 1 §. 2. 3 5. 10 D. l. 1. 4. 5 C. h. t., vgl. §. 444 Note 5). Dagegen heißt es in der R.P.O. a. a. O.: — „indeme dann alle und jede Obrigkeiten, vermög göttlicher und unserer Keyserlichen Gebott, sonders fleißiges Auffsehen zu thun, aus tragendem Ampt, sich schuldig erkennen, und darumb keines Vormünders Fahrlässigkeit, noch weniger Vervortheilung bei seinem Pflegkind, oder dessen Gütern ungestraft hingehen lassen sollen". Auf Grund des Ausdrucks „fleyßiges Auffsehen" muß das Obervormundschaftsgericht auch für verantwortlich wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit erklärt werden, gegen die Regel (§. 470 Note 1), aber in Uebereinstimmung mit den Bestimmungen des römischen Rechts über die Verhaftung der magistratus (l. 1 §. 17 l. 4. 7 D. l. 2 C. h. t., s. aber auch l. 1 §. 2 D. h. t.).

[4] In diesem Sinne heißt es in l. 9 D. h. t.: — „eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores". Vgl. l. 1 §. 14 D. h. t.: „privilegium in bonis magistratus pupillus non habet". In l. 1. 5 C. h. t. wird die Klage actio utilis genannt.

[5] Den Mündeln wird die Klage gegen die Obrigkeit als Klage gegeben, „quae ultimum eis praesidium possit adferre", §. 2 I. de satisd. 1. 24. Vgl. l. 5 C. h. t.

[6] S. §. 443 Note 6. 10. Vgl. übrigens auch Glück XXX S. 420 fg., Rudorff III S. 174 fg., Sintenis III S. 260 fg. in der Anm. S. 277 in der Anm. bei f.

[7] Es haftet nicht das Gericht als solches. Seuff. Arch. V. 298, XI. 252.

[8] L. 7. 8 D. l. 3 C. h. t.

der nöthigen Beaufsichtigung habe fehlen lassen, die Rechtswohlthat der Vorausklage[9]. Auf die Erben des Schuldners geht die Verpflichtung über, so weit sie auf grober Nachlässigkeit beruht[10].

2. Andere Fälle der Vormundschaft*.

§. 446.

Die Vormundschaft über Unerwachsene ist, wenn auch der wichtigste, doch nicht der einzige Fall der Vormundschaft. Einen Vormund[1] bekommen oder können bekommen auch solche Personen, welche aus irgend einem anderen Grunde ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen nicht im Stande sind[2], namentlich Wahnsinnige und Geistesschwache[3], Verschwender[4], Kranke und

---

[9] Für das Erste l. 1 §. 9 D. h. t.; für das Zweite die Analogie der Verhaftung einer Mehrheit von Vormündern (§. 443 Note 6).

[10] L. 4. 6 l. 2 C. h. t., §. 2 I. de satisd. 1. 24.

* Dig. 27. 10 de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis. Cod. 5. 70 de curatore furiosi vel prodigi. — Glück XXXIII S. 100 fg., Rudorff I S. 118 fg., Kraut II S. 205 fg. 212.

[1] Nach römischem Recht: einen curator. So wenig geschlechtsreife Minderjährige einen tutor bekommen, so wenig andere der Unterstützung Bedürftige. Die praktische Bedeutung hiervon ist, daß, wenn der Vormund in diesen Fällen den Mündel selbst will handeln lassen, nicht Theilnahme desselben an der Handlung des Mündels erforderlich ist, sondern einfacher Consens genügt (§. 432 Note 8. 9, §. 442 Note 3). §. 446.

[2] L. 14 §. 7 D. de solut. 46. 3: — „curatori sibi non sufficientis, vel per aetatem, vel per aliam iustam causam". — L. 2 D. h. t., l. 12 pr. D. de tut. dat. 26. 5.

[3] Wahnsinnige, furiosi; diese schon nach der Bestimmung der 12 Taf., Ulp. XII. 2, §. 3 I. de cur. 1. 23, l. 13 D. h. t. Geistesschwache, fatui; l. 2 D. de post. 3. 1, l. 21 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck II. 88. Auf die bloße Geistesschwäche scheint auch der Ausdruck mente captus in §. 4 I. de cur. 1. 23 zu gehen, obgleich dieser Ausdruck in den Quellen sonst die Geistesstörung bezeichnet (I §. 54 Note 11). In lichten Zwischenräumen hört die Vormundschaft nicht auf, sondern ruht nur, l. 6 C. h. t. Vgl. „über die mit der Vormundschaft über Gemüthskranke verbundenen Obliegenheiten" v. Berg jur. Beobachtungen und Rechtsfälle III. 19, und in Betreff der Geistesschwäche noch Seuff. Arch. VIII. 230. Proceßwahnsinn? Seuff. Arch. VII. 333, vgl. X. 183. — L. 6 D. h. t. „Observare praetorem oportebit, ne cui temere citra causae

Gebrechliche[5], Taube und Stumme[6]. Für diese anderen Fälle der Vormundschaft gelten die gleichen Grundsätze, wie für die Altersvormundschaft[7]; nur mit der einen Ausnahme, daß die Berufung zur Vormundschaft in diesen Fällen immer durch die Obrigkeit, nie durch Gesetz oder letzten Willen erfolgt[8]. Es haben aber die im letzten Willen Ernannten einen Anspruch auf vor-

---

cognitionem plenissimam curatorem det..". Vgl. v. Arnold das gerichtliche Verfahren gegen Geisteskranke und Verschwender (1861).

[4] Es wird in den Quellen als altes Gewohnheitsrecht bezeichnet, daß dem Verschwender durch richterlichen Spruch die Verwaltung seines Vermögens genommen werden könne. L. 1 pr. D. h. t., Paul. S. R. III. 4[a] §. 7 Auf die nahe liegende Analogie des Wahnsinns (Verrücktheit!) machen dabei aufmerksam l. 1 pr. D. h. t., l. 12 §. 2 D. de tut. dat. 26. 5. Vgl. Sintenis III S. 287; Seuff. Arch. XII. 2, XIII. 81; X. 183 (VII. 333). Auch die 12 Taf. hatten diesen Bedürftigkeitsfall vorgesehen, jedoch nur in Betreff der väterlichen Intestaterbschaft. Ulp. XII. 2. 3; §. 3 I. de cur. 1. 23, l. 1 pr. l. 13 D. h. t. Eine besondere Abhandlung über die „cura prodigi" ist die von Gesterding Ausbeute I. 2. Vgl. auch die in der vorigen Note citirte Schrift von v. Arnold. Ferner I §. 71 Note 9[b].

[5] §. 4 I. de cur. 1. 23, l. 4. 5 D. de post. 3. 1.

[6] §. 4 I. de cur. 1. 23, l. 3 §. 3 D. de post. 3. 1, l. 8 §. 3 D. de tut. dat. 26. 5, l. 65 §. 3 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 20 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Vgl. Sintenis III §. 155 Anm. 28. S. noch Paul. S. R. IV. 12 §. 9. „Caeco curator dari non potest, quia ipse sibi procuratorem instituere potest".

[7] Vgl. die durchgehende Zusammenstellung des tutor und des curator in den bei §. 432* citirten Titelrubriken, und von einzelnen Stellen z. B. l. 7 §. 3 l. 10 §. 1 l. 11 l. 12 l. 14 l. 17 D. h. t., l. 2 C. h. t., l. 8 §. 1 l. 11 D. de reb. eor. 27. 9, l. 16 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 48 D. de adm. 26. 7, l. 1 pr. l. 2 pr. D. de excus. 27. 1, l. 2 §. 31 D. ad SC. Tert. 38. 17, l. 4 §. 25 D. de doli exc. 44. 4, l. 4 §. 7. 8 D. rem pup. 46. 6, l. 56 §. 4 D. de furt. 47. 2. S. jedoch auch l. 17 D. de cur. fur. 27. 10 (§. 441 Note 14).

[8] Zwar beriefen die 12 Taf. zur Vormundschaft über Wahnsinnige und Verschwender die nächsten Agnaten, Ulp. XII. 2. 3, §. 3 I. de cur. 1. 23, l. 13 D. h. t.; aber nach Justinianischem Recht werden auch diese Personen Curatoren nur durch obrigkeitliche Bestellung. A. M. Glück XXXIII S. 169; allein die Stelle, auf welche er sich hauptsächlich beruft, l. 7 §. 6 C. h. t., beweist gerade das Gegentheil. Allerdings spricht Justinian in dieser Stelle von dem Falle: „(si) lex.. curatorem utpote agnatum vocaverit"; aber er bestimmt ebenso ausdrücklich, daß in diesem Falle eine „creatio" durch die Obrigkeit eintreten solle.

zugsweise Berücksichtigung nach den Regeln des §. 433 Nr. 1[9], und in Ermangelung von letztwillig Ernannten einen gleichen Anspruch die nächsten Verwandten bei Wahnsinn und Verschwendung, bei der Verschwendung jedoch nur was die väterliche Intestaterbschaft angeht[10].

3. Güterpflege*.

§. 447.

Es gibt Fälle, in welchen von Seiten des Staates eine Fürsorge nicht sowohl für die Vermögensangelegenheiten einer bestimmten Person, als vielmehr für ein bestimmtes Vermögen als solches angeordnet wird.[1] Eine Güterpflege in diesem Sinne wird namentlich[2] angeordnet: für das von einem Abwesenden schutzlos zurückgelassene Vermögen[3], für eine Erb-

---

[9] L. 16 D. h. t., l. 7 §. 5 C. h. t., l. 1 §. 3 l. 2 §. 1 D. de conf. tut. 26. 3 (vgl. l. 4 eod., §. 1 I. de cur. 1. 23). Vgl. §. 433 Note 14. — Man hat behauptet, der Wille des Vaters sei maßgebend für die Obrigkeit auch in Betreff der Frage, ob wegen Wahnsinns oder Verschwendung überhaupt eine Vormundschaft anzuordnen sei, wegen l. 16 D. h. t. Allein diese Stelle will dem Vater nur das Recht einräumen, für das von ihm hinterlassene Vermögen (vorbehaltlich des Pflichttheils) eine Curatel anzuordnen. Vgl. Glück XXXIII S. 144 fg., Rudorff I S. 314 fg., Francke Notherbenr. S. 436 fg., Mühlenbruch in der Forts. von Glück XXXVII S. 432 fg., Sintenis III S. 284. 285 in der Anm.

[10] L. 7 §. 6 C. h. t., l. 13 l. 16 D. h. t. Es ist unbedenklich, dasjenige, was diese Stellen von den Agnaten sagen, im Sinne des neuesten Rechts (Nov. 118 c. 5) auf die Cognaten zu übertragen; s. auch l. 5 C. h. t. L. 13 cit. verweist auf die Bestimmung der 12 Taf.; daher die Beschränkung im Text in Betreff der Verschwendung (Ulp. XII. 2. 3). Vgl. übrigens auch Sintenis III S. 285 in der Anm. Col. 2.

* Dig. 42. 7 de curatore bonis dando. Glück XXXIII S 117 fg., §. 447.
Rudorff I S. 75 fg. 146 fg., Sintenis III §. 156.

[1] Cura bonorum.

[2] S. außerdem l. 8 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1.

[3] L. 22 §. 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 15 pr. D. quib. ex caus. mai. 4. 6, l. 6 §. 4 D. de tut. 26. 1, l. 6 §. 2 D. quib ex caus. in po. 42. 4, l. 3 C. de postlim. revers. 8. 51. Der in den meisten dieser Stellen vorausgesetzte Fall ist der der Kriegsgefangenschaft. Vgl. Pfeiffer prakt. Ausführungen IV S. 352—360. Seuff. Arch. IV. 132.

schaft, welche noch nicht ihren Herrn gefunden hat[4], für ein im Concurs befindliches Vermögen[5]. Für die Güterpflege gelten zwar im Allgemeinen die Grundsätze von der Vormundschaft[6]; im Besonderen aber kommt es auf den Inhalt des dem Pfleger ertheilten Auftrags an, und darnach entscheidet sich namentlich, ob derselbe auch zur Sorge für die nutzbare Anlage des Vermögens, oder bloß zur Sorge für die Erhaltung desselben verpflichtet bez. zu den dadurch gebotenen Maßregeln berechtigt ist[7]. Auch ist die Uebernahme der Güterpflege nicht in allen Fällen Bürgerpflicht[8], und wo sie es nicht ist, muß eben deßwegen der

[4] L. 1 §. 4 D. de mun. 50. 4, l. 1 D. h. t., l. 23 §. 2. 3 D. de her inst. 28. 5, l. 8 D. quib. ex caus. in po. 42. 4, l. 22 §. 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Besondere hierher gehörige Fälle sind: a) wenn der präsumtive Erbe noch ungeboren ist, l. 1 §. 4 D. de mun. 50. 4, l. 1 §. 2 D. h. t., l. 8 D. de cur. fur. 27. 10, l. 1 §. 17—26 l. 5 D. de ventre 37. 9; b) wenn der Streit über die Erbschaft wegen Unmündigkeit eines Erbschaftsprätendenten nicht sofort entschieden wird (bonorum possessio Carboniana), und keiner der Erbschaftsprätendenten Caution leistet, l. 1 §. 4 D. de mun. 50. 4, l. 5 §. 1. 2. 5 D. de Carb. ed. 37. 10. Von der cura bonorum ventris nomine (bei a) ist zu unterscheiden die cura ventris, welche die Pflicht und das Recht gibt, der schwangeren Frau den nöthigen Unterhalt aus der Erbschaft zu verabreichen, gewöhnlich aber der nämlichen Person übertragen wird, wie die erste, l. 1 §. 17. 18. 19 D. de ventre 37. 9, l. 1 §. 4 D. de mun. 50. 4.

[5] L. 2 D. h. t., l. 5. 9 D. de cur. fur. 27. 10.

[6] Vgl. l. 1 §. 22 D. de ventre 37. 9: — „curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillorum". Ferner l. 2 §. 2. 5 l. 3 D. h. t., l. 8 D. de cur. fur. 27. 10, l. 3 C. de postl. rev. 8. 51.

[7] Bloße „custodia" im Gegensatz zur „administratio" wird in den Quellen namentlich zugeschrieben dem curator ventris und dem curator bonorum ventris nomine, l. 48 D. de adm. 26. 7, l. 1 §. 4 D. de mun. 50. 4; ebenso dem Erbschaftscurator in anderen Fällen, l. 1 §. 4 D. cit., l. 23 §. 3 D. de her. inst. 28. 5, l. 1 §. 2 D. h. t., und dem curator bonorum absentis, l. 6 §. 4 D. de tut. 26. 1, l. 1 §. 4 cit. Was den curator ex edicto Carboniano angeht, s. einerseits l. 1 §. 4 cit., andererseits l. 5 §. 5 D. de Carb. ed. 37. 10. Vom Concurscurator heißt es umgekehrt: „quaeque per eum . . acta facta gestaque sunt, rata habebuntur", l. 2 §. 1 D. h. t., wie er denn namentlich auch die Befugniß hat, das Vermögen zum Zweck der Befriedigung der Gläubiger zu veräußern. Uebrigens beruht die heutige rechtliche Stellung gerade des Concurscurators nicht bloß auf römischem Recht; die nähere Darstellung derselben gehört in das Proceßrecht. — Aus der Praxis: Seuff. Arch. I. 114, XVI. 229, XVIII. 149.

Pfleger für Sorgfalt überhaupt, nicht bloß für relative Sorgfalt haften[9]. Zu bemerken ist auch noch, daß die Forderung gegen den Güterpfleger nicht, wie die gegen den Vormund, ein Concursprivilegium genießt[10].

[11]Ein eigenthümliches Verhältniß tritt nach deutschem Gewohnheitsrecht bei der Verschollenheit ein[12]. Das Vermögen des Verschollenen wird nämlich seinen nächsten Erben gegen Caution ausgeantwortet, zwar zur vormundschaftlichen Verwaltung, aber ohne Rücksicht darauf, ob sie persönlich zu derselben fähig sind[13].

---

[8] So braucht namentlich Niemand gegen seinen Willen Concurscurator zu werden, „nisi et magna necessitate et imperatoris arbitrio hoc procedat", l. 2 §. 3 D. h. t. S. andererseits l. 1 §. 4 D. de mun. 50. 4.

[9] Vgl. Hasse Culpa S. 272. 371, l. 53 §. 3 D. de furt. 47. 2. L. 9 §. 5 i. f. D. de reb. auct. iud. 42. 5 spricht nicht von dem Anspruch der Gläubiger, sondern von dem Anspruche des Schuldners; nichtsdestoweniger führen Puchta §. 330. e und Sintenis §. 156 Anm. 3 gerade diese Stelle als Beweis für den im Text aufgestellten Satz an.

[10] L. 19 §. 1 — l. 24 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5 (vgl. §. 271 Note 8).

[11] Vgl. zum Folgenden: Glück XXX S. 259 fg., Rudorff I S. 148 fg., Kraut II S. 217 fg., Pfeiffer prakt. Ausführungen II Nr. 5, Steinberger im Rechtslex. XII S. 695 fg., und vor Allem Bruns Jahrb. d. gem. R. I S. 126—132. 140—147. 152—168. 189—192. S. auch H. Tschierpe über die Vormundschaft für Abwesende und deren Vermögen (1831, herausgeg. von Trotsche 1866) §. 14. Seuff. Arch. IX. 45.

[12] Verschollenheit, im Gegensatz zur bloßen Abwesenheit, — eine derartige Abwesenheit, welche es zweifelhaft macht, ob der Abwesende noch lebt. Der Anfang der Verschollenheit ist nach den Umständen des besonderen Falles durch den Richter zu bestimmen.

[13] Der Begriff der cura ist auf das Rechtsverhältniß der Erben erst seit Carpzov angewendet worden. S. über das Nähere die Ausführungen von Bruns a. a. O. — Von Anderen wird dem Anspruch der Erben auf Herausgabe des Vermögens zu vormundschaftlicher Verwaltung die gemeinrechtliche Geltung bestritten, so namentlich von Eichhorn, Mittermaier, Phillips in ihren Lehrbüchern des deutschen Privatrechts (§. 327 — II §. 429 — II §. 159), ferner von Pfeiffer a. a. O. S. 236—239 und von Sintenis §. 156 Anm. 5. S. dagegen Kraut S. 245. 246 und namentlich Bruns S. 189 fg., jetzt auch Beseler in der 2. Auflage seines Lehrbuchs des deutschen Privatrechts §. 148. Auch im Einzelnen ist hier Manches streitig, vor Allem, ob, wenn das Vermögen an den Zurückkehrenden wieder herausgegeben werden muß, auch die gezogenen Früchte mit herauszugeben sind? Dafür Pfeiffer S. 247 fg., Glück S. 283 fg., Kraut S. 237 fg.;

D. Amt.

§. 448.

Diejenigen, welche kraft Amtes[1] die Angelegenheiten des Staates oder einer juristischen Person verwalten, haften dem Staat und der juristischen Person, wenn nicht aus einem mit denselben abgeschlossenen Vertrag[2], so doch jedenfalls aus ihrer Anstellung[3], wie sie umgekehrt aus derselben einen Anspruch auf Vergütung der von ihnen geleisteten Dienste nach dem Inhalt ihrer Anstellung oder nach der Verfassung der juristischen Person

---

dawider Rudorff S. 151, Steinberger S. 699 fg., und namentlich Bruns S. 192. 193 (S. 146. 164 fg.).

§. 448. [1] Auch die Vormundschaft ist in gewisser Weise ein Amt. Insofern ist die hier der Kürze wegen gewählte Bezeichnung nicht genau.

[2] Die Frage, ob zwischen dem Staate und dem von ihm angestellten Beamten ein Vertragsverhältniß bestehe, oder nicht, bleibt, in gleicher Weise wie die nähere Darstellung der für das Rechtsverhältniß zwischen dem Staate und dem Staatsbeamten maßgebenden Grundsätze, billig der Disciplin des Staatsrechtes überlassen. S. darüber Zachariae deutsches Staats- und Bundesrecht II §. 135 fg., Budbeus im Rechtslex. I S. 744 fg., Sintenis II §. 119 Anm. 11. Daß zwischen einer juristischen Person und ihren Beamten ein Vertragsverhältniß bestehen kann, liegt ebenso sehr auf der Hand, als andererseits, daß die Beamten einer juristischen Person möglicherweise ohne Vertrag kraft der Verfassung der juristischen Person eintreten können, so namentlich bei Gemeinden, Kirchen, Stiftungen. — Soweit in diesen Fällen ein Vertragsverhältniß vorliegt, fällt dasselbe unter die in § 404 und 409 bezeichneten Kategorieen.

[3] Aus dem römischen Recht gehören hierher die Bestimmungen über das Verpflichtungsverhältniß der Gemeindebeamten (magistratus municipales) gegenüber der Gemeinde. Dig. 50. 8 de administratione rerum ad civitates pertinentium. Cod. 11. 30. 33—35. 38. Es kann von diesen Bestimmungen für das heutige Recht nur zum Zwecke der Unterstützung von Sätzen Gebrauch gemacht werden, welche sich schon aus allgemeinen Grundsätzen ergeben; insofern jene Bestimmungen von allgemeinen Grundsätzen abweichen, muß bei der großen Eigenthümlichkeit des römischen Municipalwesens ihre heutige Anwendbarkeit zurückgewiesen werden. Dahin gehört namentlich die Bestimmung, daß die magistratus wegen Arglist auf das Doppelte haften sollen (l. 9 §. 4 D. h. t.), anderntheils aber die von ihnen gelegte Rechnung nur binnen eines Zeitraums von 20, gegen ihre Erben von 10, Jahren angefochten werden könne (l. 13 §. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3); ferner die subsidiäre Verhaftung des nominator oder creator, d. h. des nach Amts-

haben. Ihre Verhaftung erstreckt sich auf alle Nachlässigkeit[4]. Mehrere für dasselbe Amt berufene Personen haften, soweit sie eine Schuld trifft, solidarisch nach den in §. 443 zu Note 9 und 10 angegebenen Regeln[5].

E. Gemeinschaft und Grenzverwirrung.

1. Gemeinschaft*.

§. 449.

Die Thatsache, daß mehreren Personen ein dingliches Recht

---

pflicht beim Abtritt seinen Nachfolger bezeichnenden magistratus (l. 2 §. 7 D. h. t., l. 11—13 D. ad mun. 50. 1, Cod. 11. 33 de periculo nominatorum). Vgl. Funke Beiträge zur Erörterung prakt. Rechtsmaterien Nr. 2, Sintenis II §. 119 Note 11, Keller Pand. S. 604.

4 Denn die Uebernahme des Amtes ist freiwillig, und so fällt der Milderungsgrund, welcher sich bei der Vormundschaft geltend macht (§. 438 Note 5. 6) hier weg. — Auch die römischen Gemeindebeamten hafteten für omnis culpa, l. 6 D. de adm. rer. 50. 8. Daß sie für ausgeliehene Kapitalien auch ohne alle Verschuldung gehaftet hätten, welche Behauptung sich bei Puchta §. 358. c, Sintenis II S. 684 in der Anm., Funke a. a. O. S. 112 findet, geht doch aus den dafür angeführten Stellen (l. 9 §. 9 D. de adm. rer. 50. 8, l. 4 C. quo quisque ord. 11. 35, l. un. C. de his qui ex off. 11. 38) nicht mit Sicherheit hervor (vgl. l. 18 l. 24 i. f. C. de adm. tut. 5. 37, — l. 21 §. 1 l. 24 D. ad mun. 50. 1, l. 17 §. 7 D. de usur. 22. 1). — Die Behauptung, daß auch hier, wie bei der Vormundschaft (§. 438 Note 9), die Erben des Beamten nur aus der lata culpa desselben haften, läßt sich nicht rechtfertigen. Seuff. Arch. IV. 116.

5 Das Gesagte folgt aus allgemeinen Grundsätzen, und steht in Einklang mit den Bestimmungen des römischen Rechtes über die Verhaftung mehrerer Gemeindebeamten: l. 11 pr. — l. 13 D. ad. mun. 50. 1, l. 2 §. 8. 9. 10 l. 3 l. 4 pr. l. 9 §. 8 D. de adm. rer. 50. 8, l. 45 D. de adm. tut. 26. 7, l. 1. 2. 3. 4 C. quo quisque ord. 11. 35. (Ueber das Verhältniß der Verhaftung des nominator zu der des Mitbeamten widersprechen sich l. 11. 13 D. ad mun. 50. 1 und l. 2 C. quo quisque ord. 11. 35, vgl. auch l. 3 eod.).

* Dig. 10. 3 Cod. 3. 37 communi dividundo. Cod. 3. 38. communia utriusque iudicii tam familiae herciscundae quam communi dividundo. — Glück XI S. 119—166; Unterholzner II §. 529—531, Sintenis II §. 122. Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XXXIV S. 192—207. Brinkmann Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander (Kiel 1855).

gemeinschaftlich ist, erzeugt zwischen denselben ein Verpflichtungsverhältniß[1], dessen Inhalt im Einzelnen unter freiem richterlichen Ermessen steht[2], welches sich aber hauptsächlich in folgenden Punkten äußert[3].

---

§. 449. [1] Das Verpflichtungsverhältniß wird begründet durch die Thatsache, daß ein dingliches Recht mehreren Personen gemeinschaftlich ist: in welcher Weise diese Thatsache entstanden ist, und namentlich ob sie durch Vertrag entstanden ist oder nicht, ist gleichgültig (l. 2 pr. D. h. t., l. 65 §. 13 D. pro soc. 17. 2). Neuere nennen die nicht durch Vertrag entstandene Gemeinschaft communio incidens (vgl. l. 31 D. pro soc. 17. 2: „quum non affectione societatis incidimus in communionem", auch l. 25 §. 16 D. fam. herc. 10. 2). — Das Verpflichtungsverhältniß wird begründet durch die Thatsache, daß ein dingliches Recht mehreren Personen gemeinschaftlich ist: Eigenthum (welcher Fall der Haupt- und Normalfall ist, so daß in allen anderen Fällen nach römischer Auffassung und Ausdrucksweise nur actio utilis stattfindet), Emphyteusis (l. 7 pr. D. h. t.), Superficies (l. 1 §. 8 D. de superf. 43. 18), Nießbrauch (l. 7 §. 7 D. h. t., l. 13 §. 3 D. de usufr. 7. 1, l. 4 i. f. D. de aqua quot. 43. 20), Gebrauchsrecht (l. 10 §. 1 D. h. t.), erbliches Recht auf einzelne Nutzungen (l. 19 §. 4 D. h. t. — doch ist freilich das Verständniß dieser Stelle sehr bestritten, vgl. Schrader civ. Abhandlungen S. 300, Elvers röm. Servitutenlehre S. 109, Böcking Pand. II §. 169 Note 18, Sintenis Anm. 39 und Anm. 3 Nr. 2, Vangerow I S. 714), Pfandrecht (l. 7 §. 6. 12. 13 D. h. t., l. 2 C. h. t., l. 29 D. fam. herc. 10. 2) In Betreff der Grunddienstbarkeiten s. l. 4 D. de aqua quot. 43. 20 (welche Stelle übrigens hauptsächlich von dem Falle handelt, wo für die mehreren Berechtigten keine Identität des Rechtes stattfindet, von dem Falle der Identität nur nebenbei, vv. *cedi simul vel separatim*), aber auch l. 19 §. 4 D. h. t., l. 31 §. 7 D. de neg. gest. 3. 5 (l. 19 §. 2 D. h. t. handelt von einem Falle, wo keine Identität des Rechtes stattfindet). Vgl. Brinkmann S. 116 fg. 174 fg. Der wirklichen Berechtigung steht der redliche Erwerb gleich (l. 7 §. 2. 3 D. h. t.), ja schon die durch Einweisung in den Besitz erlangte „iusta causa possidendi" (l. 7 §. 8 D. h. t.). Dagegen begründet Gemeinschaft des bloßen Besitzes das Verpflichtungsverhältniß nicht, l. 7 §. 4. 5 D. h. t. Ebenso wenig wird es durch die Gemeinschaft eines obligatorischen Rechtes begründet, l. 7 §. 11 D. h. t. — Das durch die Gemeinschaft begründete Verpflichtungsverhältniß wird in den Quellen als quasi ex contractu bezeichnet, §. 3 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27. Die demselben dienende actio heißt actio communi dividundo — eine ungenaue Bezeichnung, da der Theilhaber dem Theilhaber nicht bloß auf Theilung verpflichtet ist, und auf anderweitige Leistungen nicht bloß bei Gelegenheit der Theilung. Ueber das Letztere s. l. 6 §. 1 l. 11 D. h. t., l. 24 pr. l. 31 D. fam. her. 10 2, und die Stellen in Note 3; vgl. Unterholzner S. 394. I, Sintenis Anm. 23. 24. Seuff. Arch. IV. 38. — Die Eigenthümlichkeiten des Ver-

1) Jeder Theilhaber ist verpflichtet, seinem Genossen denjenigen Gebrauch zu gestatten, zu welchem derselbe kraft seiner Mitberechtigung oder kraft getroffener Vereinbarung befugt ist, so wie sich seinerseits desjenigen Gebrauchs zu enthalten, welcher ihm durch die Mitberechtigung des Genossen oder durch getroffene Vereinbarung untersagt ist[4].

2. Jeder Theilhaber ist verpflichtet, seinem Genossen zu ersetzen:

a) was er aus der Gemeinschaft in sein besonderes Vermögen gebracht hat[5]; ebenso was er durch Vermittelung der Gemeinschaft aus dem Vermögen des Genossen in sein Vermögen gebracht hat[6].

b) Er muß ferner ersetzen, worum er durch seine Schuld die Gemeinschaft[7], oder durch Vermittelung der Gemeinschaft das

---

pflichtungsverhältnisses aus Gemeinschaft einer Erbschaft (actio familiae herciscundae, Dig. 10. 2, Cod. 3. 36) gehören in das Erbrecht. Zulässigkeit der actio communi dividundo vor der Ebtheilungsklage: Seuff. Arch. IV. 39, XIII. 222.

[2] Die actio communi dividundo ist bonae fidei, l. 4 §. 4 l. 14 §. 1 l. 24 pr. D. h. t., §. 28 I. de act. 4. 6.

[3] Vgl. außerdem z. B. l. 41 l. 8 D. de nox. act. 9. 4, l. 16 §. 6 D. fam. herc. 10. 2, l. 61 pr. D. de furt. 47. 2; l. 19 §. 2 l. 20 D. de pec. 15. 1.

[4] Vgl. I §. 169a Note 4. Diese Richtung der actio communi dividundo wird gewöhnlich ganz übersehen, ja in dem Urtheil bei Seuff. Arch. IX. 268 ausdrücklich geleugnet (vgl. auch das. XIII. 24). Und doch ist sie in den Quellen so bestimmt anerkannt, wie irgend Etwas. S. l. 12 l. 23 D. h. t., l. 26 D. de S. P. U. 8. 2, l. 4 D. de serv. leg. 33. 3, l. 3 §. 1. 2 D. de O. N. N. 39. 1, l. 13 §. 3 D. de usufr. 7. 1. — Eine Untersuchung darüber, welche Klagen durch die actio communi dividundo ausgeschlossen werden, stellt an K. A. Schneider in Sell's Jahrb. I. 10; vgl. auch Brinkmann S. 54 fg., Sintenis Anm. 3 a. E. S. noch Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII. 3.

[5] L. 3 pr. l. 4 §. 3 l. 6 §. 1. 2. 4 D. h. t., l. 19 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 34 D. pro soc. 17. 2, §. 4. 5 I. de off. iud. 4. 17. Seuff. Arch. IV. 37. Hat er nicht aus der Gemeinschaft, sondern aus dem Antheil des anderen Genossen etwas in sein Vermögen gebracht, so ist nicht actio communi dividundo, sondern actio negotiorum gestorum begründet, l. 6 §. 2 D. h. t., l. 20 C. fam. herc. 3. 36, l. 19 C. de neg. gest. 2. 19. Vgl. §. 431 Note 13 und Brinkmann S. 72 fg. 100 fg.

[6] L. 24 D. h. t.

[7] L. 3 pr. l. 8 §. 2 l. 10 pr. l. 20 l. 26 l. 28 D. h. t., l. 4 C. h. t.,

Vermögen des Genossen[8] geschädigt hat. Was Schuld sei, wird hier nach denselben Grundsätzen bemessen, wie bei der Gesellschaft, so daß der Theilhaber nur für relative Sorgfalt einsteht[9].

c) Endlich muß der Theilhaber ersetzen, was der Genosse aus seinem Vermögen im Interesse der Gemeinschaft[10], oder wegen der Gemeinschaft im Interesse des Theilhabers[11], aufgeopfert hat.

3. Jeder Theilhaber ist verpflichtet, auf Verlangen des Genossen mit demselben abzutheilen[12]. Dieses Recht wird selbst durch

---

l. 34 D. pro soc. 17. 2, l. 2 §. 1 D. de relig. 11. 7, §. 4. 5 I. de off. iud. 4. 17. Vgl. Seuff. Arch. VII. 185. (?)

[8] L. 8 D. de nox. act. 9. 4.

[9] L. 25 §. 16 D. fam. herc. 10. 2.

[10] L. 2 pr. l. 4 §. 3 l. 6 pr. — §. 3. §. 12 D. h. t., l. 34 D. pro soc. 17. 2. Im Interesse der Gemeinschaft: l. 6 §. 12 cit. („si interfuit aedium hoc fieri"), vgl. l. 25 §. 15 D. fam. herc. 10. 2 („cum hoc expediret", „cogente necessitate"), l. 18 §. 1 C. eod. 3. 36 („sumtus . . . facti bona fide"). Brinkmann S. 36 Nr. 9. Im Interesse der Gemeinschaft: bei Aufopferungen, die nicht im Interesse der Gemeinschaft, sondern im Interesse des Antheils des andern Genossen gemacht worden sind, ist nur actio negotiorum gestorum begründet, l. 6 §. 7 D. h. t., l. 40 D. de neg. gest. 3. 5, vgl. l. 3 C. de neg. gest. 2. 19, und auf der anderen Seite l. 18 §. 6. 7 l. 25 §. 14. 15 D. fam. herc. 10. 2, l. 78 §. 2 D. de contr. emt. 18. 1. S. §. 431 Note 13 und Brinkmann S. 78 fg., Dernburg Pfandrecht II S. 33. — Hält der Theilhaber sich für den allein Berechtigten, so fällt die actio communi dividundo weg, wie die actio negotiorum gestorum und die condictio sine causa wegfallen (§. 431 Note 18, §. 422 Note 7), und es besteht bloß Retentionsrecht, l. 14 §. 1 l. 29 D. h. t. Aber gilt dieser Satz auch für den Fall, wo zunächst auf Theilung geklagt, und nur bei dieser Gelegenheit Ersatz für die Verwendungen verlangt wird? Es ist unmöglich, diese Frage zu bejahen; war die Formel der actio communi dividundo doch auf bona fides gestellt! Ob aber hieraus in l. 14 §. 1 cit. der mit den Worten „quae cum ita sint" beginnende Satz zu erklären ist, wie Witte Bereicherungsklagen S. 9 fg. auszuführen sucht, ist mir äußerst zweifelhaft. Andere Ansichten in Betreff dieses Satzes bei Glück XI S. 152 fg., Sintenis Anm. 22. Vgl. auch Brinkmann S. 58. — S. noch Brinkmann S. 35 Nr. 7 und 8. S. 60 Nr. 16.

[11] L. 27 §. 8 D. de pec. 15. 1, l. 8 §. 3 l. 9 l. 15 l. 25 D. h. t.; l. 13 §. 2 l. 14 D. de inst. act. 14. 3; l. 17 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 8 §. 3 l. 15 D. h. t.

[12] L. 5 C. h. t. „In communione vel societate nemo compellitur

Verzicht nicht verloren[13]; nur ein Verzicht auf Zeit bindet[14]. Die Theilung kann entweder durch Uebereinkunft der Parteien geschehen, oder durch den Richter. Durch den Richter erfolgt sie nicht nur dann, wenn ein Theilhaber sich der Theilung widersetzt, sondern es können auch die Theilhaber im Falle, wo sie über die Theilung selbst einig sind, die Ausführung derselben in die Hand des Richters geben[15], — in dem einen und dem anderen Falle aber ist die richterliche Theilung ein Act nicht sowohl der streitigen, als der freiwilligen Gerichtsbarkeit[16]. Zum Zweck der Theilung hat der Richter die Befugniß, dingliche Rechte zu begründen[17]. Bei der Ausführung der Theilung muß er das Interesse der Parteien zur Richtschnur nehmen, und daher vorzugsweise etwaige Vereinbarungen derselben berücksichtigen[18]. Im Uebrigen hat er freie Hand, und kann namentlich nicht bloß

---

invitus detineri". S. jedoch l. 19 §. 1 D. h. t. und Seuff. Arch. VII. 176, XV. 126.

[13] L. 14 §. 2 D. h. t.

[14] L. 14 §. 2. 3 D. h. t. Auf welche Zeit? Auf solche Zeit, welche einem bestimmten Bedürfnisse oder Interesse entspricht. S. auch l. 14 §. 2 D. h. t. (vv. *quod etiam ipsius rei qualitati prodest*). Der Vertrag, binnen einer gewissen Zeit nicht Theilung verlangen zu wollen, bindet auch die Sondernachfolger. L. 14 §. 3 cit., l. 16 §. 1 D. pro soc. 17. 2. Vgl. hierzu l. 14 §. 1 D. h. t. (vv. *sed is qui a me emerit*).

[15] Die Quellen bezeichnen nirgends einen Streit über das Ob der Theilung als Voraussetzung der richterlichen Theilung, l. 3 pr. l. 4 pr. §. 3 D. h. t., §. 20 I. de act. 4. 6, vgl. l. 1 pr. l. 2 pr. D. fam. herc. 10. 2; ja sie setzen es als das Regelmäßige voraus, daß ein solcher Streit nicht stattfinde, l. 3 §. 1 l. 13 l. 21 D. h. t., vgl. l. 1 pr. l. 5 l. 16 pr. l. 43 D. fam. herc. 10. 2.

[16] Auch im ersten Fall; auch in ihm entscheidet der Richter, indem er theilt, keinen Streit. Deßwegen bildet auch die dem Theilungsrichter zustehende Befugniß, den Kläger (bez. den die Theilung Beantragenden, vgl. l. 13. 14 D. de iud. 5. 1) selbst ohne Antrag des Gegners zu verurtheilen, im Grunde keine Ausnahme von dem Principe (vgl. I §. 127 Note 2). — S. über das in dieser und der vorigen Note Gesagte Zimmermann a. a. O. S. 195—207, welcher Schriftsteller übrigens die richterliche Theilung im ersten Fall nach heutigem Recht als Executionsverfahren auffaßt. S. auch Seuff. Arch. XXI. 53 (?)

[17] Der Ausdruck dieser Befugniß in der römischen Formula war die adiudicatio. Gai. IV. 42.

[18] L. 21 l. 3 §. 1 D. h. t.

dadurch theilen, daß er die gemeinschaftliche Sache körperlich zerlegt[19], oder die mehreren gemeinschaftlichen Sachen unter die einzelnen Theilhaber vertheilt[20], sondern auch dadurch, daß er dem einen Theilhaber das Gemeinschaftliche ganz, dem andern eine Entschädigung zuspricht, oder auch dadurch, daß er das Gemeinschaftliche einem Dritten verkauft und den Kaufpreis unter die Theilhaber vertheilt[21]. Bei Nutzungs- und Gebrauchsrechten kann auch die bloße Ausübung getheilt werden[22]. Ein gemeinschaftliches Pfandrecht wird dadurch getheilt, daß das Pfand dem einen Theilhaber gegen Ausbezahlung des andern ganz zugesprochen wird[23]. — Auf die Theilung, mag sie durch den Ver-

[19] L. 6 §. 8 l. 7 §. 1 D. h. t., l. 1. 3 C. h. t., §. 5 I. de off. iud. 4. 17, l. 34 §. 2 C. de don. 8. 54; l. 3 C. h. t., vgl. §. 4. 5 I. de off. iud. 4. 17. — Begründung von Dienstbarkeiten an Dem, was einem Theilhaber zugesprochen ist, zu Gunsten des andern, l. 7 §. 1 l. 18 D. h. t.

[20] L. 6 §. 8. 9 l. 19 §. 3 D. h. t., l. 3 C. h. t., §. 5 I. de off. iud. 4. 17. Seuff. Arch. XVIII. 35. Eine Geldentschädigung kann auch bei der ersten Theilungsart vorkommen, wenn das jedem der Theilhaber Zugewiesene ihrem Antheil an der Gemeinschaft nicht entspricht, l. 3 C. h. t., §. 20 I. de act. 4. 6, §. 5 I. de off. iud. 4. 17. — Daß der Richter zur Sicherheit der Geldentschädigung an dem dem Schuldner Zugewiesenen ein Pfandrecht begründen kann, ist deßwegen nicht weniger sicher, weil es in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt ist (I §. 233 Note 1). — Möglicherweise kann die Entschädigung auch darin bestehen, daß dem einen Theilhaber der Nießbrauch an der Sache zugesprochen wird, l. 6 §. 10 D. h. t., l. 6 §. 1 D. de usufr. 7. 1.

[21] L. 3 C. h. t. Vgl. Seuff. Arch. I. 98. 261, XV. 125, XX. 32.

[22] L. 7 §. 10 i. f. D. h. t., l. 13 §. 3 D. de usufr. 7. 1, l. 19 §. 4 D. h. t., l. 4 l. 5 pr. D. de aqua quot. 43. 20. — Theilung durch reale Zerlegung des Gegenstandes des Nutzungsrechtes: l. 7 §. 10 D. h. t. Theilung mit Hülfe einer Geldentschädigung: l. 7 §. 10 cit., l. 10 §. 1 D. h. t. — Eine Auseinandersetzung in Betreff der Ausübung kann auch nothwendig werden, ohne daß Identität des Rechtes für die mehreren Berechtigten stattfindet. L. 4 D. de aqua quot. 43. 20, l. 25 D. de S. P. R. 8. 3.

[23] Wobei jedoch in den Quellen die rechtliche Stellung des Ausbezahlenden nicht sowohl auf die Adjudication, als vielmehr auf die Ausbezahlung als solche gestützt wird. L. 7 §. 12. 13 D. h. t., l. 29 D. fam. herc. 10. 2. Doch sind die Meinungen hier verschieden. Vgl. Dernburg Pfandrecht II S. 393 fg., Schmid Cession I S. 226 fg., und speciell zu l. 29 D. cit. die I §. 233[a] Note 1 Genannten. — Theilung durch reale Zerlegung des Pfandgegenstandes ist principiell nicht ausgeschlossen, aber bedenklich, wegen der da-

trag der Parteien, oder durch den Richter erfolgt sein, finden die Grundsätze von der Entwehrung Anwendung, obgleich auch ohne Entwehrung ein Anspruch wegen Nichtverschaffung des gehörigen Rechtes begründet sein kann[24]. — Angefochten werden kann die Theilung, richterliche oder vertragsmäßige, nur aus allgemeinen Gründen[25]. — Getheilt werden kann auch bloß unter Einigen der Theilhaber; natürlich aber wird das Recht der Uebrigen durch eine solche Theilung nicht berührt[26].

---

durch leicht herbeigeführten Werthminderung, welche der Schuldner sich nicht gefallen zu lassen braucht.

[24] S. §. 392 Note 3. Dernburg Pfandrecht II S. 35—37.

[25] Es wird behauptet: 1) daß das richterliche Urtheil auch wegen Verletzung über die Hälfte angefochten werden könne; dieß ist gewiß unrichtig. Glück XI S. 89 fg. 2) Es wird Anfechtbarkeit des Theilungsvertrages wegen Verletzung über die Hälfte behauptet. Die Richtigkeit dieser Meinung hängt davon ab, ob die für den Kauf gegebene Vorschrift (l. 2 C. de resc. vend. 4. 44) auf andere zweiseitige Verträge auszudehnen ist; s. darüber §. 396 Note 10. 3) Es wird behauptet, daß der Theilungsvertrag wegen jeder (nicht ganz unerheblichen) Verkürzung angefochten werden könne. S. namentlich Glück a. a. O. S. 92 a. E., Holzschuher III §. 309 Nr. 7. b, Sintenis Anm. 44, Arndts §. 320 a. E. Diese Meinung wird gestützt auf l. 3 C. comm. utr. iud. 3. 38. „Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri: quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur". Ich glaube nun zwar nicht, daß es gerechtfertigt ist, wie man es von der anderen Seite gewollt hat, in dem Worte perperam einfach eine Wiederholung des Vorhergehenden (per fraudem vel dolum) zu sehen (vgl. übrigens die ursprüngliche Fassung der Stelle in Consult. II. 6 und Cod. Gregor. ed. Haenel p. 22), halte es aber auch für viel zu bedenklich, bloß auf Grund dieses ganz unbestimmten Ausdrucks einen von allgemeinen Grundsätzen so sehr abweichenden Satz einzuführen; um so mehr, als der Schluß der Stelle ja ausdrücklich auf die Regel der bonae fidei iudicia hinweist. Das versteht sich übrigens von selbst, daß wegen irriger Voraussetzung, und namentlich wenn der Theilung ein unrichtiges Berechtigungsverhältniß zu Grunde gelegt worden ist, ein Anfechtungsrecht allerdings begründet ist, und gerade auf diesen Fall ist vielleicht das „perperam" der l. 3 C. cit. zu beziehen. S. l. 36 D. fam herc. 10. 2 und das Urtheil des OAG. zu Lübeck bei Seuff. Arch. XII. 30; auch das. IV. 222. Gegen die bei 3) bezeichnete Meinung das. I. 262. 263.

[26] L. 8 pr. D. h. t., l. 2 §. 4 D. fam. herc. 10. 2, l. 17 C. eod. 3. 36. Ein besonderer, sorgfältiger, Aufsatz über diesen Fall von Zimmermann (in Lübeck) „über die Theilung unter wenigen Kommunions-Interessenten":

2. Grenzverwirrung.*

§. 450.

Eine Gemeinschaft kann in gewissem Sinne auch durch die Grenzverwirrung[1] entstehen. Wenn nämlich auf Grenzberichtigung geklagt wird[2], so hat der Richter zwar zunächst die richtige Grenze aufzusuchen, und demgemäß sein Urtheil zu fällen[3]; wenn er aber die wahre Grenze nicht auffinden kann, so bleibt ihm nichts Anderes übrig, als das streitige Stück als gemeinschaftlich zu behandeln, und dasselbe zwischen den Parteien zu theilen[4]. Es ist

---

Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 9. 14 (1851). Dieser Schriftsteller weist namentlich nach, daß die Klage auf Theilung nicht durch die Einrede der Mehrheit der Mitberechtigten zurückgewiesen werden könne, andererseits es allerdings dem Beklagten unbenommen sei, seinerseits auch die übrigen Mitberechtigten mit in das Theilungsverfahren hineinzuziehen. Dagegen halte ich die Gründe, aus welchen Zimmermann behauptet, daß zwischen einigen Mitberechtigten eine Theilung durch körperliche Zerlegung der gemeinschaftlichen Sache nicht zuläßig sei (S. 215 fg. 219), nicht für überzeugend.

* Dig. 10. 1 Cod. 3. 39 finium regundorum. — Puchta Zeitschr. f. Recht und Gesetzgeb. in Kurhessen II S. 1 fg. kl. civ. Schriften Nr. 21 (1837). Wiederhold Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII. 3 (1839). Sternberg das. XVII. 13 (1842). Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. X. 7 (1842). Ders. Schriften der röm. Feldmesser II S. 422 fg. (1852). Hoffmann Arch. f. civ. Pr. XXXI. 16 und XXXV. 10 (1848. 1852). Karlowa Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprocesses S. 141—162 (1865). Sintenis II S. 722—723, Vangerow III §. 658 Anm. Ueber das Rechtshistorische s. namentlich Rudorff und Karlowa a. a. O.

§. 450. [1] Dieselbe ist nicht möglich zwischen angrenzenden Gebäuden. L. 2 pr. l. 4 §. 10 D. h. t. S. auch l. 4 §. 11 l. 5. 6 D. h. t. Vgl. Puchta a. a. O. kl. civ. Schr. S. 350 fg. Seuff. Arch. XIV. 29.

[2] Actio finium regundorum. Dieselbe ist zunächst nichts Anderes, als Inanspruchnahme eines Stückes Land, welches aus dem ruhigen Besitz herausgekommen ist. Daher l. 1 D. h. t. „Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est“. Vgl. Seuff. Arch. XVIII. 273. — Die Meinung von Wiederhold, daß die actio finium regundorum wesentlich auf Abmarkung, und nur bei dieser Gelegenheit möglicherweise auch auf Grenzberichtigung gehe, findet in den Quellen keine Rechtfertigung. — Man unterscheidet heutzutage wohl zwischen einer actio finium regundorum qualificata und simplex, je nachdem der Kläger eine bestimmte Grenze als die richtige behauptet, oder nicht. Vgl. Puchta a. a. O. kl. Schr. S. 348. 353 fg. Seuff. Arch. V. 16, XX. 33. — Vgl. noch Seuff. Arch. XVIII. 343.

[3] L. 4 pr. D. h. t. Seuff. Arch. XIV. 29. 136; auch V. 17.

[4] L. 2 §. 1 D. h. t.

ihm auch erlaubt, die wahre Grenze, um künftiger Grenzverwirrung vorzubeugen, zu verlegen[5], natürlich unter Zuerkennung einer Geldentschädigung an denjenigen, welcher dadurch verliert[6]. Er kann auch Maßregeln zum Schutz der Grenze anordnen[7]. Endlich kann er den Parteien, auf ihren Antrag, Ersatz für gezogene Nutzungen, erlittenen Schaden und gemachte Verwendungen zusprechen[8]. — Der Grenzberichtigungsanspruch kann nicht bloß von dem Eigenthümer und gegen denselben, sondern auch von dem Emphyteuta, Superficiar, Nießbraucher, Pfandberechtigten, und gegen diese Personen erhoben werden[9]. — Auf die ordentliche Ersitzung darf der Grenzrichter keine Rücksicht nehmen, wohl auf die dreißigjährige Verjährung[10].

---

[5] Um ihm diese, so wie die zur folgenden Note bezeichnete Maßregel zu ermöglichen, stand in der Formula der actio finium regundorum, wie in der der eigentlichen Theilungsklagen, die adiudicatio, so wie eine duplex condemnatio. Gai. IV. 42, §. 6 I. de off. iud. 4. 17, l. 10 D. h. t., l. 13 D. de iud. 5. 1, l. 37 §. 1 D. de O. et A. 44. 7.

[6] L. 2 §. 1 l. 3 D. h. t., §. 6 I. de off. iud. 4. 17.

[7] L. 4 §. 3 D. h. t.

[8] L. 4 §. 1. 2 D. h. t., §. 6 I. de off. iud. 4. 17, l. 56 D. fam. herc. 10. 2. Ueber die Lesart in l. 4 §. 1 cit. s. Glück X S. 445 Note 63. L. 3 §. 2 cit. verweist für die vor dem Prozeß mala fide gezogenen und verzehrten Früchte auf eine condictio. Es ist kaum glaublich, daß der römische Grenzrichter nicht auch auf diese Früchte hätte sollen erkennen können; denn ohne Zweifel war die actio finium regundorum bonae fidei, wie die actio communi dividundo und familiae herciscundae. Jedenfalls ist für uns die Stelle ohne Bedeutung.

[9] L. 4 §. 9 D. h. t.

[10] L. 5. 6 C. h. t. — Ueber das Geschichtliche s. Rudorff und Karlowa a. a. O. Die Ansicht des Ersteren, welche bisher allgemeine Billigung gefunden hat, geht dahin: das ältere römische Recht habe bei der actio finium regundorum unterschieden zwischen den Streitigkeiten über den technisch s. g. finis, d. h. den durch die 12 Taf. und die lex Mamilia geordneten fünffüßigen Grenzsaum, und den Streitigkeiten, welche darüber hinausgingen (controversia de loco), und die Ersitzung nur bei Streitigkeiten der ersten Art ausgeschlossen, nicht bei Streitigkeiten der zweiten Art; im Jahre 385 n. Chr. aber sei durch die l. 4 C. Th. fin. reg. 2. 26 (verstümmelt als l. 5 C. h. t.) die controversia de loco der controversia de fine in dieser, wie in jeder anderen Beziehung, gleichgestellt worden. Dagegen hat neuerdings Karlowa auszuführen gesucht, daß das römische Recht die controversia de loco nie als actio finium regundorum behandelt habe, vielmehr als rei vindicatio, und daß die Absicht

III. Forderungen aus Vergehen und verwandte Fälle.

A. Arglist*.

§. 451.

Das römische Recht hat nicht den Satz aufgestellt, daß Jeder den durch seine Schuld[1], wohl aber den Satz, daß Jeder den durch seine Arglist entstandenen Schaden zu ersetzen verpflichtet sei[2]. Das arglistige Verhalten kann möglicherweise den Thatbestand eines besonderen Vergehens bilden; von diesen Fällen wird in den folgenden §§. besonders die Rede sein[3]. Wo dieß nicht der Fall ist, gelten folgende Regeln.

1. Der Umfang der Verpflichtung des Arglistigen bestimmt sich nach den Grundsätzen der Lehre vom Interesse[4].

2. Auf vollen Schadensersatz haftet der Arglistige nur zwei Jahre lang[5]; nach dieser Zeit beschränkt sich seine Verhaftung

---

der l. 4 cit. gewesen sei, die Anwendung der l. t. praescriptio auf den Streit über den finis auszuschließen.

§. 451. * Dig. 4. 3 Cod. 2. 21 de dolo malo. — Glück V S. 513 fg.; Unterholzner II S. 74 fg. 747 fg., Sintenis II S. 730 fg.

[1] Vgl. hierzu Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 12. 24, auch unten §. 455 Note 6 a. E. Seuff. Arch. VIII. 137, IX. 144.

[2] Arglist, dolus. Ueber den Begriff desselben s. I §. 101 Note 6. Eine besonders wichtige Form des dolus ist der Betrug, eine so wichtige, daß auf denselben in l. 1 §. 2 D. h. t. geradezu die Definition des dolus gestellt wird. Aber s. auf der anderen Seite l. 7 §. 6. 8. 9 l. 18 §. 5 l. 19 l. 32. 33. 34. 35 D. h. t., l. 9 pr. D. si serv. 8. 5, l. 5 pr. D. si mensor 11. 6, l. 10 §. 6 D. de in rem verso 15. 3, l. 15 l. 16 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 8 §. 2 D. de leg. praest. 37. 5, l. 1 §. 12 D. de aqua pluv. 39. 3. Vgl. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I Nr. 7 (Verleitung zu einem nichtigen Vertrag).

[3] L. 3 §. 1 D. stellionatus 47. 20. „Stellionatum autem obiici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est: scilicet si aliud crimen non sit, quod obiiciatur. Quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Ubicunque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiiciemus".

[4] S. §. 257. 258. L. 18 pr. §. 1. 4 D. h. t.

[5] Nach der Vorschrift der l. 8 C. h. t., durch welche ein biennium continuum an die Stelle des früheren annus utilis gesetzt worden ist. Die weitere Vorschrift dieser Stelle (vgl. l. 1 pr. C. Th. h. t. 2. 15), daß der Proceß

auf dasjenige, was durch seine Arglist in sein Vermögen gekommen ist[6].

3. Die Erben des Arglistigen haften nach allgemeinen Grundsätzen nur bis zum Belange der Erbschaft[7].

4. Ist die Arglist in Angelegenheiten eines Andern geübt worden, so haftet auch dieser Andere auf die Bereicherung[8]. Abgesehen von diesem Falle haftet der dritte Besitzer nicht[9].[10]

---

in zwei Jahren auch zu Ende geführt sein müsse, wird heutzutage nicht mehr beachtet.

[6] Unabhängig davon, ob er es noch jetzt hat. Vgl. mit l. 28 i. f. D. h. t., l. 10 §. 24 D. quae in fraud. cred. 42. 8, l. 4 D. de interd. 43. 1, l. 1 pr. D. de vi 43. 16. Witte Bereicherungsklagen S. 318.

[7] Nach heutigem Recht, §. 359 Note 16; nach römischem Recht auf „quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit", l. 26—28 D. h. t., l. 13 pr. l. 17 §. 1 eod.

[8] L. 15 pr. §. 1. 2 D. h. t.

[9] L. 15 §. 3 D. h. t. Vgl. l. 10 C. de resc. vend. 4. 44.

[10] Nach römischem Recht galten für die actio de dolo noch folgende besondere Sätze, welche ihren Grund in der infamirenden Wirkung derselben hatten (l. 1 §. 4 l. 11 §. 1 D. h. t., l. 1 l. 4 §. 5 D. de his qui not. 3. 2), und mit dieser Wirkung heutzutage weggefallen sind (I §. 56). a) Die actio de dolo wurde nur causa cognita gegeben, und namentlich nicht bei einem geringfügigen Schaden, d. h. einem Schaden unter 2 aurei. L. 9 §. 5 l. 10 l. 11 pr. D. h. t. b) Ebensowenig wurde sie gegen Respectspersonen gegeben; gegen diese wurde aber eine actio in factum auf die Bereicherung gewährt, l. 11 §. 1 l. 12 D. h. t. Vgl. übrigens §. 514 Note 3. c) Die actio de dolo wurde nicht gewährt, wenn irgend ein anderer Weg der Rechtshülfe offen stand, l. 1 §. 4—l. 9 §. 4 l. 18 §. 2. 3 l. 25 l. 40 D. h. t., l. 2 C. h. t. Auch dann nicht, wenn von einem Dritten Schadensersatz zu erlangen war, l. 1 §. 8 — l. 6 D. h. t. Vgl. über diese subsidiäre Natur der actio de dolo Schneider die allgemeinen subsidiären Klagen des römischen Rechtes S. 308 fg., welcher Schriftsteller übrigens den Grund der Subsidiarität nicht in der infamirenden Wirkung der Klage sieht, sondern die Subsidiarität historisch erklären will. Wollte man die zu c) gedachte Bestimmung heutzutage noch anwenden, so würde das — abgesehen von dem Fall der Verhaftung eines Dritten — den Sinn haben, daß gegen den Arglistigen die rechtlichen Grundsätze von der Arglist nur dann in Anwendung gebracht werden dürften, wenn kein anderer Rechtssatz Hülfe gewährte. — Die kurze Verjährung der actio de dolo beruht auf ihrer infamirenden Wirkung nicht (in l. 29 D. h. t. weist das „ideoque" auf den ersten Theil der Stelle, also auf die Verhaftung bloß bis zum Belange der Bereicherung, zurück). — Vgl. über die verschiedenen Ansichten Glück V S. 528 fg., Hänel Arch. f. civ. Pr. XII S. 413 fg., Schneider a. a. O. S. 332, Sintenis S. 730 Anm. 9, und in Betreff der

B. Entwendung.

1. Begriff.

§. 452.

Für dieses Vergehen hat zwar die römische Sprache eine einheitliche Bezeichnung, nicht aber die deutsche; der Ausdruck Entwendung, welcher hier im technisch-juristischen Sinne gebraucht wird, darf nicht im Sinne des Lebens verstanden werden[1]. Die Hauptform der Entwendung ist der Diebstahl; aber sie ist nicht die einzige[2]. Entwendung ist vielmehr[3]: jede arglistige, d. h. bewußt widerrechtliche[4], Behandlung einer körperlichen Sache in der Absicht, sich dadurch zu bereichern.

---

zweijährigen Verjährung ein Erk. des OAG. zu München vom 6. Juli 1866 in Bl. f. RAnwend. Ergänzungsband zum 31. u. 32. Jahrg. S. 193 fg.

§. 452. * Inst. 4. 1 de obligationibus quae ex delicto nascuntur. Dig. 47. 2 de furtis, Cod. 6. 2 de furtis et servo corrupto. — Klien Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls, 1. (einziger) Band (1806). Dollmann die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts (1834). Wächter Art. Diebstahl in Weiske's Rechtslex. (1844). Unterholzner Verjährungslehre I §. 62—67 (2. Ausg. 1858). Glück XIII S. 211 fg.; Unterholzner (Schuldverhältnisse) II S. 675—690, Sintenis II S. 728 —729.

[1] Die römische Bezeichnung ist furtum. Ein entsprechender deutscher Ausdruck ist der Rechtssprache Bedürfniß, und da die Sprache des Lebens einen solchen nicht darbietet, so muß er neu geschaffen oder durch Umprägung eines vorhandenen Ausdruckes gewonnen werden. In diesem Sinne wird hier der Ausdruck „Entwendung" verwerthet. Andere reden von „Dieberei" oder „Diebheit". Vgl. Wächter S. 388, Heffter Lehrb. des Strafr. §. 488.

[2] Diebstahl ist: wissentlich widerrechtliche Wegnahme einer fremden Sache aus fremdem Gewahrsam in der Absicht, sich die Sache anzueignen.

[3] Die Legaldefinition des furtum findet sich in l. 1 §. 3 D. h. t. „Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve". Vgl. §. 1 I. h. t.

[4] Contrectatio fraudulosa. Es ist also nothwendig Unrecht und Bewußtsein des Unrechts; Unrecht ohne Bewußtsein des Unrechts genügt ebenso wenig zur Entwendung, wie Bewußtsein des Unrechts ohne Unrecht. L. 43 §. 5. 6. 10 l. 46 §. 7. 8 l. 52 pr. D. h. t., §. 7. 8 I. h. t. (zu §. 8 cit. vgl. l. 91 D. h. t., l. 20 C. h. t.).

1. Behandlung einer Sache[5]. Nicht schon die widerrechtliche Absicht oder das Aussprechen derselben ist Entwendung; die Absicht muß durch die Herstellung des ihr entsprechenden körperlichen Verhältnisses zur Sache verwirklicht worden sein[6].

2. Behandlung in Bereicherungsabsicht. Die Absicht muß auf einen von der Sache zu gewinnenden Vermögensvortheil gerichtet sein[7]. Sie braucht aber nicht gerichtet zu sein auf Aneignung der gesammten Sache oder ihres gesammten Vermögenswerthes[8]; auch derjenige begeht eine Entwendung, welcher sich

---

[5] Contrectatio rei.

[6] L. 52 §. 19 D. h. t. „Neque verbo, neque scriptura quis furtum facit; hoc enim iure utimur, ut furtum sine contrectatione non fiat". Beim heutigen Diebstahl besteht die Contrectation in der Besitzergreifung der Sache. Vgl. Wächter S. 364. 399.

[7] Animus lucri faciendi. L. 1 §. 3 l. 43 §. 4 l. 65 D. h. t. Wer sich an einer Sache vergreift in der Absicht, einem Anderen Schaden zuzufügen, oder ihn zu kränken, begeht keine Entwendung. L. 22 pr. l. 53 pr. D. h. t., l. 41 §. 1 D. ad leg. Aquil. 9. 2, l. 14 §. 2 D. de praescr. verb. 19. 5. Von der andern Seite ist nicht nothwendig die Absicht, dasjenige, was man sich angeeignet hat, auch zu behalten. L. 54 §. 1 D. h. t. — „Species . . lucri est, ex alieno largiri, et beneficii debitorem sibi acquirere. Unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet". Deßwegen ist es irreführend, wenn man den animus lucri faciendi der Quellen im Deutschen durch „gewinnsüchtige" oder „habsüchtige" Absicht ausdrückt. Vgl. noch l. 15 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4; l. 39 l. 82 D. h. t.; Paul. R. S. II. 31 §. 12.

[8] L. 1 §. 3 D. h. t.: — „vel ipsius rei". Hierher gehört außer dem deutschen Diebstahl (Note 2): a) die widerrechtliche Aneignung gefundener Sachen (l. 43 §. 4. 11 D. h. t., l. 9 §. 8 l. 31 §. 1 l. 44 D. de A. R. D. 41. 1; §. 48 I. de R. D. 2. 1); b) die Unterschlagung im engeren Sinne, d. h. die widerrechtliche Aneignung von Sachen, welche der Thäter bereits in Händen hat (l. 1 §. 2 l. 67 pr. D. h. t., l. 29 pr. D. dep. 16. 3, l. 3 §. 18 D. de poss. 41. 2; l. 71 pr. D. h. t.; l. 52 §. 7 D. h. t.; l. 43 §. 1 l. 52 §. 16 D. l. 7 C. h. t., l. 22 §. 7 D. mand. 17. 1, l. 25 D. de don. 39. 5; l. 33 D. h. t., l. 1 §. 22 l. 2 §. 1 D. de tutelae 27. 3; l. 46 §. 6 D. h. t.); c) die widerrechtliche Veräußerung fremder Sachen (§. 3 I. de usuc. 2. 6, l. 73 D. l. 6. 16 C. h. t., l. 78 D. de sol. 46. 3), oder verpfändeter Sachen durch den Eigenthümer (l. 19 §. 6 l. 66 pr. D. h. t.); d) die widerrechtliche Annahme von Sachen, welche der Eigenthümer in Folge eines Irrthums ohne den Eigenthumsübertragungswillen (l. 44 §. 1 l. 66 §. 4 D. h. t.), oder zwar mit dem Eigenthümsübertragungswillen, aber unter einer irrigen Voraussetzung (§. 426 Note 16, §. 427 Note 4) gibt.

bloß durch den Gebrauch[9] der Sache bereichern will, oder durch den Besitz[10] derselben, oder in irgend einer andern Weise[11].

3. Die Entwendung setzt nicht voraus, daß die Sache aus fremdem Gewahrsam weggenommen werde[12]. Ebensowenig setzt sie voraus, daß die Sache nicht im Eigenthum des Entwendenden[13], wohl aber, daß sie überhaupt in einem Eigenthumsverhältniß stehe[14].

4. Die Entwendung setzt eine bewegliche Sache voraus[15]. Doch findet im Falle der gewaltsamen Wegnahme unbeweglicher Sachen ein Ersatzanspruch nach den Grundsätzen des Entwendungsanspruches Statt[16].

---

[9] L. 1 §. 3 D. h. t.: — „vel etiam usus eius". L. 54 §. 1 D. h. t.: — „ex quo satis apparet furtum fieri et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertit". L. 40 l. 48 §. 4 l. 54 pr. l. 71 pr. l. 76 l. 82 pr. D. h. t., §. 6. 7 I. h. t., l. 16 D. de cond. furt. 13. 1, l. 5 §. 8 D. comm. 13. 6.

[10] L. 1 §. 3 D. h. t.: — „possessionisve". Hierher gehört der Fall, wo der Eigenthümer die Sache demjenigen wegnimmt, welcher zur Detention derselben berechtigt ist (l. 15 §. 2 l. 20 §. 1 l. 53 §. 4 l. 59 D. h. t.; l. 20 §. 1 l. 53 §. 4 D. h. t.; l. 15 §. 2 D. h. t.; l. 15 §. 1 l. 20 §. 1 D. h. t.; l. 19 §. 5. 6 l. 20 pr. D. h. t., §. 10. 14 I. h. t., l. 36 pr. D. de pign. act. 13. 7). Andere (Marezoll Arch. f. civ. Pr. VIII S. 284 fg., v. Buchholtz jurist. Abhandlungen Nr. 26) beziehen mit Berufung auf die Autorität des Theophilus (zu §. 1 I. h. t.) den Ausdruck furtum possessionis auf den Fall der Unterschlagung. S. darüber und dagegen Wächter S. 362, Vangerow III §. 679 Anm. 1.

[11] Z. B. Jemand vernichtet die Schrift einer Urkunde in der Absicht, dadurch dem Andern ein Beweismittel gegen sich zu entziehen, l. 27 §. 3 l. 31 §. 1 D. h. t., l. 41 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, vgl. l. 52 §. 23 D. h. t.

[12] S. die Fälle der Note 8.

[13] Furtum rei suae, §. 10 I. h. t. S. die Fälle der Note 10; ferner l. 19 §. 6 l. 66 pr. D. h. t. (Note 8. c). Auch l. 26 §. 1 D. h. t. (l. 12 §. 5 D. de usufr. 7. 1). — Entwendung einer gemeinschaftlichen Sache: l. 45 D. h. t.

[14] L. 43 §. 5 D. h. t., l. 6 D. expil. her. 47. 19.

[15] — „abolita est enim quorundam veterum sententia (vgl. Gell. N. A. XI. 18) existimantium, etiam fundi locive furtum fieri", §. 7 I. de usuc. 2. 6, l. 38 D. de usurp. 41. 3; l. 25 pr. D. h. t.

[16] L. 1 §. 1 l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 §. 1 D. h. t. Uebrigens ist der Ersatzanspruch bei unbeweglichen Sachen praktisch unendlich weniger wichtig, als bei beweglichen, da jene nicht verbracht werden können. Von Bedeutung wird er nur da, wo der Beschädigte kein Recht an der Sache hat, als condictio possessionis.

2. Verpflichtungen.

§. 453.

1. Aus der Entwendung entsteht ein Anspruch[1] auf Rückgabe des Entwendeten und Leistung des vollen Interesse[2]. Ob der Entwender das Entwendete noch hat, oder nicht, und wenn er es verloren hat, in welcher Weise er es verloren hat, ob mit oder ohne seine Schuld, ist gleichgültig[3]; selbst dann haftet er, wenn das Entwendete gar nicht in seine Hände gelangt ist[4]. Wie der Entwender, haftet auch sein Gehülfe[5]. Mehrere Entwender haften als Solidarschuldner[6]. Der Anspruch steht zu: dem Eigenthümer[7], dem an der Sache sonst dinglich Berechtigten[8],

---

[1] Dig. 13. 1 Cod. 4. 8 de condictione furtiva. Der Anspruch ist ein Delictsanspruch im Gewande eines Anspruches aus ungerechtfertigter Bereicherung. S. §. 425. §. 453.

[2] L. 3 D. h. t. (§. 425 Note 2), l. 10 pr. eod.

[3] — „semper enim moram fur facere videtur", l. 8 §. 1 D. h. t.; l. 8 pr. l. 16. 17 l. 20 D. l. 2 C. h. t. Vgl. §. 278 Note 9.

[4] Dieß ist der Fall, wenn er zur Entwendung die Thätigkeit eines Andern benützt, und dieser ihm die Sache unterschlägt. L. 19 D. de act. rer. am. 25. 2.

[5] Dieser Satz ist nicht unzweifelhaft. Es liegt hier ein Widerspruch vor zwischen l. 6 D. h. t. und l. 53 §. 2 D. de V. S. 50. 16. Zu vereinigen sind m. E. diese Stellen nicht (Versuche bei Glück XIII S. 228. 229); ich sehe vielmehr in ihnen einen Ausdruck der Doppelnatur der condictio furtiva (§. 425 Note 4). Sie heben sich also gegenseitig auf, und wir müssen eine Entscheidung aus der Natur der Sache treffen. Diese Entscheidung kann aber nicht zweifelhaft sein. Der Entwendungsanspruch ist Delictsanspruch, und es ist ihm das Gewand des Bereicherungsanspruches nur „odio furum" angezogen worden (§. 425 Note 3); folglich darf aus der Condictionennatur desselben, wo die Quellen uns nicht nöthigen, keine dem Beschädigten ungünstige Consequenz gezogen werden. S. auch l. 20 D. de act. rer. amot. 25. 2. Vgl. Buchka und Budde Entscheidungen V S. 282—283 (Seuff. Arch. XX. 134). — Hehler? Vgl. Seuff. Arch. XVI S. 202 unt. 203.

[6] L. 1 C. h. t.

[7] Der Eigenthümer verliert den Anspruch durch Veräußerung der Sache, nicht durch sonstigen Verlust des Eigenthums. L. 10 §. 2. 3 l. 11 l. 12 pr. §. 1 l. 14 D. h. t.

[8] Unmittelbar belegen läßt sich dieser Satz nur für den Pfandgläubiger, l. 12 §. 2 D. h. t., l. 22 pr. D. de pign. act. 13. 7, vgl. l. 17 §. 3 l. 18 D. de act. rer. am. 25. 2. Aber ein Anspruch, welcher dem bloßen Besitzer zu=

dem juristischen Besitzer[9]; ferner muß er aber nach heutigem Recht auch dem Besitzer in fremdem Namen, welcher für die Sache verantwortlich ist, und um so mehr demjenigen, welcher an dem Haben und Behalten der Sache ein eigenes vermögensrechtliches Interesse hat[10], insoweit zugestanden werden, als nach heutigem Recht der Strafanspruch aus der Entwendung (Nr. 2) wegfällt[11].

---

gestanden wird (Note 9), darf gewiß dem dinglich Berechtigten nicht vorenthalten werden. Vgl. auch Ihering Abhandlungen S. 132 fg., und speciell in Betreff des Pfandgläubigers Dernburg Pfandrecht II S. 397—400. — Wenn es in l. 1 D. h. t. heißt: „In furtiva re soli domino condictio competit", so ist das im Gegensatz zur actio furti gesagt, welche Jedem zusteht, „cuius interest non subripi" (Note 14). S. l. 14 §. 16 D. de furt. 47. 2.

[9] L. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 §. 1 D. de furt. 47. 2. Gegen die Beschränkung auf den redlichen Besitzer s. Bruns Besitz S. 30. 31. Die condictio, welche l. 76 §. 1 D. de furtis gegen den Entwender einer entwendeten Sache dem Eigenthümer gibt, ist die condictio rei, nicht possessionis.

[10] Also namentlich dem zur Retention Befugten; ferner dem Pächter und Nießbraucher im Falle der Entwendung ungetrennter Früchte.

[11] Die genannten Personen hatten nach römischem Recht die actio furti (Note 14) und in derselben einen Ersatz für die ihnen fehlende condictio furtiva (l. 14 §. 16 cit., l. 12 §. 5 D. de usufr. 7. 1). Insoweit nach heutigem Rechte die actio furti nicht mehr gilt (Note 16. 17), ist hier eine Lücke. Ich würde es aber kaum für gerechtfertigt halten, diese Lücke ohne Weiteres durch Gewährung der condictio furtiva auszufüllen, wenn wir nicht in dieser Beziehung in l. 22 §. 4 C. de furt. 6. 2 einen Anhalt hätten. In dieser Stelle gibt Justinian dem Manne gegen die Frau für den Fall der Entwendung einer ihm von einem Dritten geliehenen Sache statt der nicht zuläßigen actio furti (l. 1 D. de act. rer. am. 25. 2) die actio rerum amotarum, welche „condictio est", l. 26 D. eod. Vgl. auch l. 17 §. 3 l. 18 D. de act. rer. am. 25. 2, und dazu Unterholzner §. 329. e. Uebrigens ist die Frage doch nur die, ob der verantwortliche Besitzer die condictio furtiva ohne Weiteres hat; denn Cession kann er jedenfalls verlangen, wenn der Eigenthümer ihn bei seiner Verantwortlichkeit anfaßt (§. 264 Note 8). — Eine Ausnahme muß jedoch gemacht werden für die Fälle: a) wo dem Besitzer in fremdem Namen eine Arglist zur Last fällt; b) wo er zahlungsunfähig ist; c) wo er den Besitz nicht von dem Eigenthümer empfangen hat. Denn in diesen Fällen hat er auch die actio furti nicht. L. 14 §. 8. 9 D. de furt. 47. 2; l. 12 pr. eod., §. 15 I. de obl. quae ex del. 4. 1; l. 53 §. 3 l. 71 pr. D. de furt. 47. 2. — Das in dieser Note Gesagte ist nicht allgemein anerkannt. Vgl. Glück XIII S. 223. 225, Wächter a. a. O. Note 86, Sintenis §. 109 Anm. 125. §. 124 Note 3, Arndts §. 323 a. E.

Der Anspruch geht auf die Erben des Verpflichteten unbeschränkt über[12], und verjährt in der gewöhnlichen Zeit.

2. Außerdem entsteht nach römischem Recht aus der Entwendung ein Strafanspruch[13] zu Gunsten des Beschädigten[14] auf das Doppelte, und wenn der Entwender bei der Entwendung ertappt worden ist, auf das Vierfache des Werthes der entwendeten Sache bez. des erlittenen Schadens[15]. Dieser Anspruch ist

---

[12] S. §. 359 Note 18.

[13] Actio furti. Vereinzelt wird dieser Ausdruck auch für den Ersatzanspruch aus der Entwendung gebraucht, so z. B. in l. 71 pr. D. h. t. (de furtis 47. 2).

[14] Die actio furti wird in den Quellen im Allgemeinen demjenigen gegeben „cuius interfuit non subripi", l. 10 l. 11 l. 12 §. 2 D. h. t. 47. 2. Im Einzelnen: dem Eigenthümer, z. B. l. 80 pr. §. 1 D. h. t.; dem gutgläubigen Besitzer, §. 15 I. h. t. 4. 1, l. 12 §. 1 l. 20 §. 1 l. 52 §. 10 l. 53 §. 4 l. 74 D. h. t.; dem Nießbraucher und Gebrauchsberechtigten, l. 15 §. 1 l. 20 §. 1 l. 46 §. 1. 3 D. h. t.; dem Pfandgläubiger, §. 14 I. h. t. 4. 1, l. 12 §. 2 l. 14 §. 5—7 l. 15 pr. l. 19 §. 5. 6 l. 46 §. 4 l. 66 pr. l. 87 D. h. t.; dem Retentionsberechtigten, l. 53 §. 4 l. 59 vgl. l. 14 §. 1 D. h. t.; dem Pächter wegen seines Interesses am Genusse der Sache, l. 14 §. 2 l. 26 §. 1 l. 82 §. 1 vgl. l. 52 §. 8 D. h. t.; dem an dem Inhalt eines Briefes (vermögensrechtlich) Interessirten, l. 14 §. 17 D. h. t. Dem zur actio furti an und für sich Berechtigten steht aber dieselbe dann nicht zu, wenn er sich wegen der Entwendung an einem Dritten halten kann, und dieser zahlungsfähig ist; vielmehr hat in diesem Fall der Dritte selbst die actio furti, §. 15—17 I. h. t., l. 12 pr. l. 14 §. 3. 10—12. 14—17 l. 52 §. 9 l. 78 D. h. t. Jedoch erleidet dieser letztere Satz wieder eine Ausnahme für den Fall, wo Jemand ohne Auftrag des Eigenthümers fremde Sachen in Händen hat; hier kann der Inhaber nur Cession der actio furti von dem Eigenthümr verlangen, wenn er von demselben wegen der Entwendung in Anspruch genommen wird. L. 53 §. 3 l. 85 D. h. t. Eine fernere Ausnahme in l. 22 C. h. t. 6. 2, vgl. §. 16 I. h. t. Nicht steht die actio furti demjenigen zu, „cuius non ex honesta causa interest", l. 11 l. 12 §. 1 l. 14 §. 3. 4. 8 l. 76 §. 1 D. h. t., vgl. l. 71 §. 1 eod.; aber auch nicht dem auf die Sache Forderungsberechtigten, welcher nur Abtretung der actio furti oder Herausgabe ihres Ertrages verlangen kann, l. 14 pr. §. 1 l. 80 pr. D. h. t., l. 66 §. 5 l. 85 vgl. l. 13 eod.; ebensowenig dem Bürgen des für die Entwendung Haftenden, l. 14 §. 10 l. 85 D. h. t. Man sieht also, daß der Ausdruck der Quellen: die actio furti stehe demjenigen zu „cuius interest", kein genauer ist. S. auch l. 49 §. 1 eod. — Vgl. Hasse Culpa Kap. 10 und dazu Mommsen Beiträge III S. 383 fg.; ferner oben §. 327 Note 12 und speciell über l. 71 §. 1 cit. die §. 258 Note 1 Genannten.

heutzutage principiell ausgeschlossen so weit die Entwendung einer öffentlichen Strafe unterliegt[16], und kommt auch abgesehen hiervon kaum noch zur Anwendung[17].

3. Besondere Fälle.

§. 454.

1. Raub[1]. In dem Raub ist eine Entwendung enthalten[2], und daher erzeugt er einen Ersatzanspruch nach den Grundsätzen derselben[3]. Er erzeugt aber auch als solcher einen besonderen Ersatzanspruch[4], welcher folgende Eigenthümlichkeiten hat[5]. a) Dieser

---

[15] L. 50 pr. l. 80 §. 1 l. 67 §. 1. 2 D. h. t. 47. 2, l. 27 l. 32 pr. eod.; l. 46 §. 1 eod.; l. 46 §. 4 l. 87 eod.; l. 74 eod.

[16] Also jedenfalls bei Raub, Diebstahl, Unterschlagung. Denn das römische Recht gewährte die Privatstrafe neben der öffentlichen nur electiv, l. 56 §. 1 l. 92 D. h. t. 47. 2. S. §. 326 Note 4. 5. Die Strafe des Doppelten, welche die P.G.O. Art. 157. 158 auf den kleinen (unter 5 Goldgülden) einfachen Diebstahl setzt, ist keine Privatstrafe. S. die citirte Note 5 a. E.

[17] Ein entschiedenes derogirendes Gewohnheitsrecht nimmt an Wächter S. 392—394. Vorsichtiger Heffter Strafr. §. 505: „wofern nicht etwa noch auf die römischen Privatstrafen gerichtsgebräuchlich geklagt wird". Vgl. das. §. 490. 508. 509.

§. 454. [1] Inst. 4. 2 de vi bonorum raptorum. Dig. 47. 8 vi bonorum raptorum et de turba. Cod. 9. 33 vi bonorum raptorum. — Unterholzner II S. 724—726, Sintenis II S. 738.

[2] Pr. I. h. t., l. 22 §. 10 D. h. t., l. 80 §. 3 l. 48 §. 7 l. 52 §. 30 D. de furt. 47. 2.

[3] L. 2 §. 26. 27 D. h. t., l. 10 §. 1 D. de cond. furt. 13. 1.

[4] Actio vi bonorum raptorum. Die actio vi bonorum raptorum ist übrigens eine actio mixta; sie fordert Ersatz und Strafe zugleich, und zwar eine Strafe des Dreifachen, so daß sie im Ganzen auf das Vierfache geht. Pr. I. h. t., l. 1 C. h. t., §. 19 I. de act. 4. 6. Vgl. unten Note 9. — Die actio vi bonorum raptorum wurde in den Zeiten der bürgerlichen Kriege gegen Raub und Beschädigung hominibus armatis coactisque aufgestellt. In der Fassung des Prätorischen Edicts, wie sie in den Pandekten enthalten ist, sind die homines armati weggelassen (l. 1 pr. D. h. t.), und die Interpretation ließ auch das Erforderniß der homines coacti fallen, indem sie sich mit der bloßen Gewalt begnügte (l. 2 § 7 D. h. t., wo zu lesen ist: haec enim quod ait: *hominibus coactis*, sic accipere debemus: *etiam hominibus coactis*, ut sive solus vim fecerit, sive etiam hominibus coactis etc.). Vgl. Savigny Zeitschr. f. gesch. RW. V. 3 und verm. Schrift III S. 228 fg., Ph.

Anspruch ist begründet, sobald der Beraubte nur irgend welches Interesse, wenn auch kein vermögensrechtliches, nachzuweisen vermag[6]. b) Es haftet auch der Anstifter[7]; dagegen c) der Erbe nur mit der für Delictsansprüche überhaupt geltenden Beschränkung[8]. — Der aus dem Raube entstehende Anspruch geht aber nach römischem Recht, außer auf Ersatz, binnen eines Jahres (tauglicher Zeit) noch auf das Dreifache des Werthes des Geraubten als Strafe[9]. Die heutige Anwendbarkeit dieses Strafzusatzes ist principiell nicht ausgeschlossen, da das römische Recht die Privatstrafe neben der öffentlichen verhängt[10]; im Uebrigen

---

Ed. Huschke in Im. G. Huschke Analecta lit. p. 76 sqq., Keller Semestria ad M. Tull. Cic. lib. III.

[5] Im Uebrigen geht der Anspruch ebenfalls auf das gesammte Interesse, l. 3 §. 24 D. h. t. In Betreff von l. 2 §. 13 D. h. t. vgl. l. 50 pr. l. 80 §. 1 l. 67 §. 1. 2 l. 27 l. 32 pr. D. de furt. 47. 2. Der Anspruch verjährt ebenfalls in der gewöhnlichen Zeit; nur in Betreff des Strafinhaltes ist er auf einen annus utilis beschränkt. Pr. I. h. t., l. 2 §. 13 D. h. t., l. 2—5 C. h. t.

[6] So wird zu verstehen sein l. 2 §. 23. 24 D. h. t. „Et generaliter dicendum est: ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex iisdem causis habere me hanc actionem (vgl. §. 2 I. h. t.). Dicet aliquis: atquin ob rem depositam furti actionem non habemus (§. 17 I. de obl. quae ex del. 4. 1, l. 14 §. 3 D. de furt. 47. 2). Sed ideo addidi: si intersit nostra, non esse raptam. Nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis, non quasi mercedem, accepi. Utilius dicendum est, etsi cesset actio furti ob rem depositam, esse tamen vi bonorum raptorum actionem (vgl. l. 14 §. 3 cit.: — „quid enim eius interest, si dolo careat"?), quia non minima differentia est inter eum, qui clam facit, et eum, qui rapit, cum ille celet suum delictum, hic publicet et crimen etiam publicum admittat. Si quis igitur interesse sua vel modice docebit, debet habere vi bonorum raptorum actionem".

[7] L. 80 §. 4 D. de furt. 47. 2, l. 3 §. 2—6 D. h. t. Vgl. §. 11 i. f. I. de obl. quae ex del. 4. 1, l. 53 §. 2 D. de V. S. 50. 16 und §. 453 Note 5.

[8] S. §. 359 Nr. 2. Nach römischem Recht haftet der Erbe nicht einmal auf die Bereicherung, — „quia putavit (praetor) sufficere condictionem", l. 2 §. 27 D. h. t.

[9] S. Note 4 z. A. L. 2 §. 13 D. h. t.

[10] L. 2 §. 1 D. h. t., welche Stelle freilich Andere von einer electiven Concurrenz verstehen. Aber s. auch l. un. C. quando civ. actio 9. 31, und vgl. das Nähere bei Wächter Lehrb. des Strafr. I S. 259. Die öffentliche

gilt davon das Gleiche, was vorhin von dem Strafanspruch aus der Entwendung gesagt worden ist.

2. Der Ersatzanspruch, welchen das römische Recht aus Raub und Diebstahl bei Brand Gebäudeeinsturz oder Schiffbruch, so wie aus Raub durch oder bei Ueberfall eines Gebäudes oder Schiffes, gewährt[11], hat das Besondere, daß er auch gegen den Hehler geht[12]. Auch in diesen Fällen aber hat der Anspruch nach römischem Recht binnen eines Jahres (tauglicher Zeit) einen Strafzusatz auf das Dreifache[13], von dessen heutiger Anwendbarkeit das Gleiche gilt, wie von der Anwendbarkeit des Strafanspruches aus Raub und Diebstahl überhaupt[14].

3. Der Anspruch aus Raub und Diebstahl, welchen Pächter öffentlicher Einkünfte oder ihre Leute bei Ausübung ihres Geschäftes begehen, steigert sich, wenn nicht bis zum Urtheil freiwillige Restitution erfolgt, auf das Doppelte, jedoch nur dann, wenn binnen eines Jahres (tauglicher Zeit) geklagt wird[15].

4. Die Entwendung von Erbschaftssachen, welche der Erbe noch nicht in Besitz genommen hat, qualificirt das römische Recht nicht als Entwendung[16], sondern als besonderes Ver-

---

Strafe, welche das römische Recht über den Raub verhängt, trifft allerdings den Raub nicht als solchen, aber doch den Raub von derjenigen Seite, durch welche er sich von anderen Fällen der Entwendung unterscheidet, von der Seite der Gewaltthat (vis).

[11] Dig. 47. 9 de incendio ruina, naufragio rate nave expugnata. Unterholzner II §. 690.

[12] L. 3 §. 3. 4 D. h. t.

[13] L. 1 pr. D. h. t.

[14] Die öffentliche Strafe, auf welche l. 1 §. 1 D. h. t. verweist, ist eine gerade für dieses Vergehen festgesetzte.

[15] L. 1 pr.— §. 5 l. 4 pr. l. 5. 6. 13 D. de publicanis 39. 4. Vgl. §. 263 Note 12. 15. — Das römische Recht enthält für diesen Fall noch die fernere besondere Bestimmung, daß, wenn das Vergehen durch einen Sclaven begangen worden sei, der Zollpächter den Sclaven stellen müsse, widrigenfalls er ohne das Recht zur noxae datio hafte. L. 1 §. 6 l. 2. 3 l. 12 D. tit. cit. — Vgl. v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 62 fg

[16] „Rei hereditariae furtum non fit", l. 6 D. expil. her. 47. 19, l. 2 § 1 eod., l. 14 §. 14 D. de furt. 47. 2. Dieser Satz erklärt sich aus der bei nicht besessenen Erbschaftssachen zulässigen usucapio pro herede (Gai. II. 52—58). Diese ist zwar später aufgehoben worden (Gai. II. 57); aber nichtsdestoweniger hat man jenen Satz festgehalten. Eine andere Herleitung desselben in l. 1

gehen[17], und gewährt demzufolge aus derselben auch nicht den civilrechtlichen Ersatzanspruch[18]. Heutzutage wird die Entwendung von Erbschaftssachen der bezeichneten Art, insofern sie die Merkmale des Diebstahls an sich trägt, als solcher gestraft[19], und muß demnach auch civilrechtlich als Diebstahl behandelt werden. Abgesehen hiervon kann aus einer solchen Entwendung auch heutzutage Ersatz nach den Grundsätzen der Entwendung nicht begehrt werden[20].

5. Die Entwendung, welche in einem Schiffe einer Gast- oder Stallwirthschaft von Leuten des Schiffers Gast- oder Stallwirthes begangen wird, hat das Besondere, daß aus derselben auch der Principal in Anspruch genommen werden kann, und zwar nach römischem Rechte auf das Doppelte[21]. Die heutige Anwendbarkeit dieses Strafzusatzes ist wenigstens principiell nicht ausgeschlossen[22].

---

§. 15 D. si is qui test. 47. 4. S. hierüber, wie über das Folgende: Wächter Lehrb. des Strafr. II §. 197 Note 98 und Rechtslex. S. 383—385, Arndts Rhein. Mus. II S. 132, Unterholzner Verjährungslehre I S. 209—212.

[17] Crimen expilatae hereditatis. Dig. 47. 19 expilatae hereditatis. Cod. 9. 32 de crimine expilatae hereditatis.

[18] Es verweist auf rei vindicatio, actio ad exhibendum, hereditatis petitio, actio familiae herciscundae. Außerdem konnte auch auf dem Wege der accusatio Ersatz erlangt werden. L. 2 §. 1 l. 3 D. l. 4 C. h. t., l. 3 C. fam. herc. 3. 36, l. 6 C. l. 4 D. h. t.

[19] Wächter Lehrb. II S. 332 und Rechtslex. S. 422; Heffter Strafr. §. 514.

[20] Sondern nur, abgesehen von den aus dem verletzten Recht zustehenden Rechtsmitteln (Note 18), nach den Grundsätzen der Arglist (§. 451). Daß die actio doli in den Quellen nicht ausdrücklich genannt wird, ist nur Zufall. Wenn Arndts §. 323 Anm. 4 ganz allgemein sagt: „Nach heutigem Recht ist auch diese Besonderheit von keiner Bedeutung mehr", so geht er damit m. E. zu weit.

[21] Dig. 47. 5 furti adversus nautas caupones stabularios. L. 6. 7 D. nautae caupones stabularii ut recepta restituant 4. 9, l. 5 §. 6 D. de O. et A. 44. 7, §. 3 I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5. Unterholzner II §. 696, v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 57 fg. Vgl. oben §. 384. Was für die Leute des Gastwirths, gilt auch für diejenigen, welche in dem Gasthofe bleibend wohnen, l. 1 §. 6 D. h. t., l. 6 §. 3 D. nautae 4. 9. Vgl. Gimmerthal Arch. f. prakt. RW. N. F. II S. 112 fg.

[22] Für dieselbe erklären sich Schilter (exerc. 49 §. 14) und Stryk (ad h. t. §. 1).

6. Was das römische Recht Besonderes über den Fall der Entwendung zwischen Ehegatten mit Rücksicht auf eine beabsichtigte und wirklich vollzogene Ehescheidung enthält[23], ist heutzutage unpraktisch[24].

C. Beschädigung.

1. Das Aquilische Gesetz und seine Erweiterungen*.

§. 455.

1 Das Aquilische Gesetz[1] und seine Erweiterungen beziehen

---

[23] Dig. 25. 2 de actione rerum amotarum. Cod. 5. 21 rerum amotarum.

[24] Für diesen Fall ist eine besondere Ersatzklage aufgestellt, die actio rerum amotarum, vgl. l. 1 D. h. t., l. 22 §. 4 C. de furt. 6. 2; l. 17 pr. D. l. 2 C. h. t.; l. 11 l. 17 §. 1 l. 19 l. 21 pr. D. h. t.; l. 6 §. 5 l. 22 §. 1 D. h. t. Dieselbe wird aber durch die condictio furtiva, welche neben ihr Statt findet (l. 24 l. 17 §. 2 D. h. t.), absorbirt. Denn die actio rerum amotarum gewährt kein größeres Maß von Recht, als die condictio furtiva (vgl. l. 26 D. h. t.; l. 21 §. 3. 4 l. 17 §. 2 l. 3 §. 3 l. 29 D. h. t.; l. 21 §. 5 D. h. t.; l. 20 D. h. t. in Verbindung mit §. 453 Note 5); umgekehrt wird sie in Einer Stelle gegen die Erben auf die Bereicherung beschränkt (l. 3 C. h. t., im Widerspruch mit l. 6 §. 4 D. h. t., Vereinigungsversuche bei Glück XXVIII S. 16 fg., vgl. Francke Beiträge S. 38. 39). — Es wird kaum etwas Anderes übrig bleiben, als anzunehmen, daß die actio rerum amotarum ihre Entstehung einer Zeit verdanke, in welcher die condictio als Mittel, Schadensersatz aus der Entwendung zu erlangen, noch nicht anerkannt worden war. Darüber, daß die condictio furtiva auch in anderen Fällen der Entwendung zwischen Ehegatten, als dem im Text bezeichneten, und auch während bestehender Ehe zuläßig ist, s. l. 6 §. 5 l. 25 D. h. t. Vgl. auch Sintenis III §. 132 Anm. 1.

* Inst. 4. 3 de lege Aquilia. Dig. 9. 2 ad legem Aquiliam. Cod. 3. 35 de lege Aquilia — A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht (1867). v. Löhr Theorie der Culpa S. 81 fg. Hasse die Culpa des römischen Rechtes S. 17—72. Glück X S. 306 fg.; Unterholzner II S. 690—703, Sintenis II S. 760—764, Vangerow III §. 681 Anm. 1—3.

§. 455. [1] Lex Aquilia. Ein Plebiscit eines Tribunen Aquilius, l. 1 §. 1 D. h. t. Das Gesetz ist älter als das 7. Jahrh. der Stadt; im Uebrigen ist die Zeit desselben ungewiß. Rudorff röm. Rechtsgeschichte I §. 41 Note 3, Pernice S. 15 fg.

sich auf Schadenszufügung an körperlichen Sachen. Das Aquilische Gesetz selbst nannte nur bestimmte Fälle der Verletzung der Integrität einer körperlichen Sache durch unmittelbare Einwirkung auf dieselbe[2]; seine Bestimmungen sind aber ausgedehnt worden[3] auf jede Verletzung der Integrität einer körperlichen Sache[4], wenn auch nicht durch unmittelbare Einwirkung[5], ja sogar auf Schadenszufügung an körperlichen Sachen ohne Verletzung ihrer Integrität[6]. Sie sind ferner ausgedehnt worden auf die Verletzung freier Menschen[7].

---

[2] Die lex Aquilia bestimmte in ihrem caput primum (l. 2 pr. D. h. t., pr. I. h. t.) über Tödtung eines Sclaven und eines pecus. Ueber den letzteren Begriff s. l. 2 §. 2 D. h. t.: — „servis . . exaequat quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur"; ferner §. I. h. t., l. 65 §. 4 D. de leg. III° 32, Paul R. S. III. 6 §. 73, nach welchen Stellen zu den pecudes im Einzelnen gezählt werden: Schaafe, Ziegen, Rinder, Pferde, Esel, Maulesel, Schweine, auch Kameele und Elephanten, nicht aber Hunde. In ihrem caput tertium (l. 27 §. 5 D. h. t., §. 13 I. h. t.) bestimmte die lex Aquilia über jede andere Beschädigung (einschließlich der Vernichtung) einer körperlichen Sache durch urere, frangere, rumpere. — Der Inhalt des caput secundum, von welchem die Institutionen lakonisch sagen: „in usu non est", erhellt aus Gai. III. 215. Vgl. Rudorff röm. Rechtsgesch. I S. 99. In Betreff der früheren Versuche, den Inhalt dieses caput secundum zu bestimmen, s. die Citate bei Vangerow III S. 598 Nr. 2.

[3] Das formale Mittel dieser Ausdehnung war die Gewährung einer utilis actio legis Aquiliae oder einer actio in factum. Ein materieller Unterschied zwischen diesen beiden Klagformen ist nicht ersichtlich. Savigny Syst. V S. 95. 96, Vangerow III S. 605. 606, Pernice S. 157 fg. Uebrigens glaubte man in manchen und wichtigen Ausdehnungsfällen auch mit einer actio directa legis Aquiliae ausreichen zu können. Denn eine althergebrachte Interpretation faßte das „rumpere" des caput tertium in dem Sinne von „corrumpere". L. 27 §. 13 sqq. D. h. t., §. 13 I. h. t., namentlich l. 27 §. 20. 21 D. h. t. verglichen mit §. 14 eod.

[4] Vgl. z. B. §. 13 I. h. t., l. 27 §. 15. 18. 19. 22. 25 D. h. t.

[5] L. 7 §. 3. 6 l. 9 pr. §. 1. 2. 3 l. 11 §. 1. 5 l. 27 §. 35 l. 29 §. 5. 7 l. 30 §. 3 l. 53 D. h. t., l. 6 C. h. t., §. 16 I. h. t., l. 3 §. 1 l. 4 D. de serv. corr. 11. 3, l. 13 pr. D. loc. 19. 2, l. 14 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 51 D. de furt. 47. 2, l. 2 §. 20 D. vi bon. rapt. 47. 8. Vgl. Unterholzner §. 674. c, Vangerow S. 602. 603, Pernice S. 144 fg. Ueber l. 57 D. loc. 19. 2 (vgl. l. 18 D. de S. P. U. 8. 2, l. 30 §. 3 D. h. t.) s. Löhr S. 158 fg., Hasse S. 30 Note 2, Zimmern Noxalklagen S. 2 fg., Reinhardt Arch. f. civ. Pr. XXX S. 224 Note 26, Pernice S. 176 fg.

[6] L. 27 §. 21 D. h. t., §. 16 i. f. I. h. t., l. 7 §. 7 D. de dolo malo

2. Die Beschädigung muß durch ein positives Thun herbeigeführt worden sein[8]; eine Unterlassung verpflichtet nur insofern, als das Thun durch eine vorhergehende oder begleitende Thätigkeit geboten war[9].

3. Aus einer beschädigenden Handlung der bezeichneten Art entsteht ein Schadensersatzanspruch, wenn sie widerrechtlich war[10]. Zur Widerrechtlichkeit gehört: a) daß der Beschädigende kein Recht zur Beschädigung gehabt habe[11]; b) daß ihm die Beschädigung zur Schuld angerechnet werden könne. Schuld ist hier schon

---

4. 3, l. 14 §. 2 l. 23 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 55 D. de A. R. D. 41. 1, l. 50 §. 4 D. de furt. 47. 2; l. 30 §. 2 D. h. t.; l. 27 §. 14 vgl. §. 20 D. h. t.; l. 27 D. de pign. 20. 1. S. auch Seuff. Arch. XVI. 114, XVIII. 246. — Weiter, d. h. über das Moment der Schadenszufügung an einer körperlichen Sache hinaus, ist man aber nicht gegangen, wie Manche wohl auf Grund von §. 16 I. h. t, und l. 33 §. 1 D. h. t. behauptet haben. Vgl. §. 451 Note 1; übrigens auch Seuff. Arch. XVII. 224 (S. 358).

[7] L. 13 pr. l. 5 §. 3 l. 6. 7 D. h. t.

[8] L. 13 §. 2 D. de usufr. 7. 1.

[9] L. 8 pr. l. 27 §. 9 l. 31 D. h. t., §. 5. 6 I. h. t., Coll. XII. 7 §. 7. Seuff. Arch. III. 55, IV. 96, X. 164. 165, XIII. 28, XV. 129. A. M. Busch Arch. f. civ. Pr. XLV S. 139 fg., welcher behauptet, die Unterlassung verpflichte schon dann zum Schadensersatz, wenn das Thun durch „Gesetz oder Vertrag" geboten gewesen sei; ferner Pernice S. 164, welcher die Unterlassungen den Handlungen ganz gleich stellt, und nur darauf gesehen wissen will, ob wirklich in der Unterlassung eine Schuld lag. Ich glaube nicht, daß es diesen Schriftstellern gelungen ist, l. 13 §. 2 D. de usufr. (Note 8) zu beseitigen, während mir l. 27 §. 9 h. t. mit der hier vertretenen Meinung weniger schwer vereinbar scheint. Keine Beweiskraft gegen dieselbe haben l. 44. 45 pr. D. h. t.; denn s. l. 2—5 D. de nox. act. 9. 4.

[10] Damnum „iniuria" datum. Das Wort iniuria war von der lex Aquilia selbst gebraucht. Pernice S. 26 fg.

[11] L. 151 D. de R. I. 50. 17. „Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet". L. 55 l. 155 §. 1 D. eod. Vgl. I §. 121 Note 2. Beispiele berechtigter Schadenszufügung: die Beschädigung wird zugefügt auf Grund einer zuständigen obrigkeitlichen Gewalt, l. 29 §. 7 D. h. t, l. 13 D. de per. et comm. 18. 6; auf Grund eines Züchtigungsrechtes, l. 5 §. 3 D. h. t.; in Selbstvertheidigung, l. 4 l. 5 pr. l. 45 §. 4 l. 52 §. 1 D. h. t., §. 2 I. h. t., l. 29 §. 1 D. h. t.; um Schaden von sich selbst abzuwehren (im Fall eines Nothstandes), l. 29 §. 3 l. 49 §. 1 D. h. t., l. 3 §. 7 D. de incend. 47. 9, l. 14 pr. D. de praescr. verb. 19. 5 vgl. l. 7 §. 4 D. quod vi aut cl. 43. 24. Pernice S. 34 fg. Vgl. auch Seuff. IV. 34, XIII. 30, XVII. 41.

Nachlässigkeit; Arglist wird nicht erfordert[12]. Durch einen entschuldbaren Irrthum, kraft dessen der Beschädigende sich in dem Glauben befand, er dürfe die Beschädigung vornehmen, wird die Schuld ausgeschlossen[13].

4. Der Anspruch steht zu: dem Eigenthümer[14], dem an der Sache sonst dinglich Berechtigten[15], dem gutgläubigen Besitzer[16],

---

[12] L. 5 §. 1 l. 31 l. 44 pr. D. h. t., §. 3. 14 I. h. t. L. 31 cit.: — „culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum". L. 44 pr. cit. „In lege Aquilia et levissima culpa venit". Unterholzner II S. 697: „Das Aquilische Gesetz kommt ... zur Anwendung wenn man es an der von einem ordentlichen Mann zu erwartenden Bedachtsamkeit hat fehlen lassen: gesetzt auch, daß noch so wenig daran gefehlt hätte". Hasse S. 63 fg., Pernice S. 46 fg. — Einzelnes: l. 7 §. 2. 4 l. 9 §. 4 l. 10 l. 11 pr. l. 27 §. 33 l. 30 §. 3 l. 31 l. 52 §. 4 D. h. t., §. 4—6 I. h. t.; l. 7 §. 8 l. 27 §. 9 D. h. t., §. 7. 8 I. h. t., l. 1 § 5 D. si quadrup. 9. 1, l. 132 D. de R. I. 50. 17. Seuff. Arch. IV. 48, VII. 320, XVII. 41. Verschulden durch Mangel an Sorgfalt bei der Auswahl oder bei der Beaufsichtigung von Anderen (namentlich der Beaufsichtigung von Kindern und Untergebenen): l. 27 §. 11 D. h. t.; Seuff. Arch. VII. 318, XIII. 140, XIV. 35, XV. 26. — Dadurch, daß der Beschädigende zu dem Beschädigten in einem besonderen Rechtsverhältniß steht, welches ihn nur zur Verhaftung wegen Arglist verpflichtet, hört er nicht auf, aus der Beschädigung als solcher auch wegen Nachlässigkeit zu haften. Vgl. l. 13 pr. D. de lib. causa 40. 12, l. 1 §. 2 D. si is qui test. 47. 4, auch l. 5 §. 3 i. f. D. h. t. Jedoch sind Viele in dieser Beziehung anderer Meinung; s. darüber Vangerow III §. 681 Anm. 3 Nr. II, Holzschuher III §. 326 Nr. 5, Pernice S. 78 fg. — Den Beweis der Verschuldung muß, sofern dieselbe nicht aus den Umständen erhellt, der Kläger führen. Weber Beweisführung §. 21, Wächter Württemb. Privatr. II §. 113. I, Busch Arch. f. civ. Pr. XLV S. 148 fg., Pernice S. 230 fg. Vgl. übrigens Seuff. Arch. VII. 320, XVI. 113.

[13] Namentlich also dadurch, daß der Beschädigende sich kraft eines solchen Irrthums für den Eigenthümer hielt, oder eine entgegenstehende Berechtigung eines Andern an der Sache nicht kannte. Stölzel Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 67—69, Pernice S. 194 fg.

[14] L. 2 pr. l. 27 §. 5 D. h. t., l. 11 §. 6 l. 13 pr. l. 43 D. h. t. Die lex Aquilia nannte bloß den „dominus"; allen anderen Personen konnte daher nur eine utilis legis Aquiliae actio oder eine actio in factum gegeben werden. Vgl. Pernice S. 183 fg.

[15] L. 11 §. 10 l. 12 l. 17 pr. l. 30 §. 1 D. h. t., l. 17 §. 3 D. de usufr. 7. 1, l. 27 D. de pign. 20. 1, l. 5 §. 3 (vgl. l. 1) D. arb. furt. caes. 47. 7. Ihering Abhandlungen S. 129. 130. 138 fg., Pernice S. 198 fg.

[16] L. 11 §. 8 l. 17 pr. D. h. t.

auch dem obligatorisch zum Fruchtgenuß Berechtigten, wenn ungetrennte Früchte beschädigt worden sind[17], — dem Nichteigenthümer auch gegen den Eigenthümer selbst[18].

5. Der Anspruch geht auf Leistung des gesammten Interesse[19]. Bei der Berechnung des Werthes der beschädigten Sache darf auf eine gewisse Zeit vor der Beschädigung zurückgegriffen werden: wenn ein zur Klasse des Heerdenviehes gehöriges Stück Vieh getödtet worden ist, auf ein Jahr[20]; bei jeder anderen Beschädigung auf einen Monat[21]. Da jedoch diese Art der Werthberechnung eine Strafe für den Thäter enthält[22], so muß sie

---

[17] L. 27 §. 14 D. h. t. Nicht aber dem sonst obligatorisch Berechtigten, l. 11 §. 9 D. h. t., l. 18 §. 5 D. de dolo 4. 3, l. 13 §. 12 D. de A. E. V. 19. 1. Hasse S. 244 Note 1, Vangerow S. 602, Pernice S. 206 fg.

[18] L. 12 l. 17 pr. D. h. t. Pernice S. 196—198.

[19] L. 21 §. 2 l. 22 l. 23 pr. §. 2. 4 l. 33 pr. i. f. l. 37 §. 1 l. 55 D. h. t., §. 10 I. h. t. Pernice S. 238 fg. Ersatz von entbehrtem Gewinn: §. 258 Note 16. Ersatz von Schaden, welcher von dem Beschädigten hätte abgewendet werden können: das. Note 17. 18, s. aber auch Pernice S. 58 fg. 174 fg. Speciell über den Inhalt des Anspruchs des Pfandgläubigers: Stölzel Arch. f. civ. Pr. XXXIX. 2, Schmid Cession I S. 172 fg., Dernburg Pfandrecht II S. 402 fg., Pernice S. 200 fg., — über den Inhalt des Anspruchs des redlichen Besitzers: v. Madai Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 219 fg., Jhering Abhandlungen S. 112 fg., Mommsen Beiträge II S. 242 fg., Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 560, Stölzel a. a. O. S. 68 Note 69, Pernice S. 191 fg. Verletzung eines freien Menschen: l. 13 l. 5 §. 3 l. 6. 7 D. h. t.; Holzschuher III §. 326 Nr. 4. b; Seuff. Arch. IV. 227, VIII. 222, IX. 111, XIII. 29. 215, XIV. 235, XVIII. 42. Steht auch der Wittwe und den Kindern des Getödteten ein Ersatzanspruch zu? Theoretisch läßt sich derselbe gewiß nicht rechtfertigen; aber es wird eine anerkennende gemeinrechtliche Praxis behauptet. S. die bei Glück X S. 342 Note 13 Citirten, ferner Seuffert III §. 402 a. E., Sintenis II §. 125 Note 21 und die Urtheile des OAG. zu Wiesbaden bei Seuff. Arch. XI. 44, XIII. 144, vgl. das. XV. 225.

[20] L. 2 pr. 21 pr. §. 1 l. 23 §. 2. 3. 5. 6. 7 l. 51 §. 2 l. 55 D. h. t., §. 9 I. h. t., §. 19 I. de act. 4. 6. Vgl. Note 2.

[21] L. 27 §. 5 l. 29 §. 8 D. h. t., §. 15 I. h. t. (Gai. III. 218).

[22] §. 9 I. h. t.: „Qua ratione creditum est, poenalem esse huius legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris". So auch §. 19 I. de act. 4. 6, l. 11 §. 2 D. h. t. Die actio legis Aquiliae ist freilich actio poenalis auch schon deßwegen, weil sie Delictsklage ist, vgl. l. 23 §. 8 D. h. t., oben §. 326 Note 10, und Pernice S. 116 fg.

heutzutage jedenfalls so weit wegfallen, als nach heutigem Recht die Beschädigung von Amtswegen mit öffentlicher Strafe geahndet wird[23]; und auch darüber hinaus ist sie nicht mehr „in lebendigem Gebrauch"[24]. Das Letztere gilt auch von der nach römischem Recht durch die Ableugnung der Beschädigung eintretenden Steigerung des Anspruchs auf das Doppelte[25].

6. Mit der zuvor erwähnten Strafnatur des Anspruchs steht und fällt auch die römische Bestimmung, daß, wenn die Beschädigung von Mehreren verübt worden ist, von jedem derselben

---

[23] S. §. 326 Note 4[a]. Nach römischem Rechte traf die Beschädigung als solche eine öffentliche Strafe überhaupt nicht. Nur wenn in der Beschädigung zugleich ein anderes Verbrechen enthalten war, konnte eine öffentliche Strafe eintreten, vgl. l. 5 pr. l. 23 §. 9 D. h. t., l. 14 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5, Coll. XII 7 §. 2; Pernice S. 103. 131—132. Darüber, inwiefern die Beschädigung nach heutigem Recht einer öffentlichen Bestrafung unterliegt, sind freilich die gemeinrechtlichen Schriftsteller sehr verschiedener Meinung. S. die Nachweisungen bei Wächter Strafrecht II §. 202 Note 19, Heffter Strafr. 521.

[24] So Heffter Strafr. §. 521, und wenn man vorsichtig sein will, wird man nicht weiter gehen dürfen. S. §. 326 Note 5. Dagegen sagt Wächter Strafr. II S. 360: „die angeführten Privatstrafen . . sind bei uns wohl durchaus außer Gebrauch". Zu bemerken ist übrigens, daß gegen die heutige Anwendbarkeit der bezeichneten Werthsteigerung sich selbst solche praktische Schriftsteller aussprechen, welche sonst die römischen Privatstrafen im Princip nicht für aufgehoben betrachten, so namentlich Brunnemann (ad l. 27 h. t. n. 9, anders freilich Paratitl. Wesenbec. h. t. qu. 9), Schilter (exerc. 19 §. 61), Stryk (ad. h. t. §. 2). Gegen die heutige Anwendbarkeit s. auch die bei Glück X S. 383 Note 43 Citirten und das Urtheil des OAG. zu Dresden bei Kritz Rechtsfälle III S. 222 fg. (Seuff. Arch. I. 66); ferner Thibaut §. 622, Seuffert §. 422, Sintenis §. 125 Note 17. Für die heutige Anwendbarkeit ohne specielle Beweisführung Löhr Culpa §. 18. Puchta (§. 388. g) spricht die Meinung aus, daß von den römischen Bestimmungen „jedenfalls" heutzutage noch die Anwendung zu machen sei, daß der Kläger den Beweis des Werthes nicht auf den Zeitpunkt der Beschädigung zu richten brauche, und diesen Beweisvortheil gewährt dem Kläger auch Arndts §. 324 vor Note r. Ich weiß nicht, wie diese Mittelmeinung gerechtfertigt werden soll. Vgl. übrigens: a) Ihering Geist des röm. R. II S. 350; b) oben §. 258 Note 20.

[25] S. §. 263 Note 3. 15. Daß in der Praxis auf das Doppelte nicht mehr gesprochen werde, erkennen an Schilter (exerc. 19 th. 65) und Stryk (ad h. t. §. 20), der Erste halb widerwillig, der Letzte tadelnd (vgl. ad. tit. Dig. XLIV. 7 §. 5).

die volle Leistung eingetrieben werden kann[26]. Der Anstifter als solcher haftet nicht; wohl derjenige, welcher einen Andern als Werkzeug zur Beschädigung benützt[27]. Die Erben haften der Regel gemäß auf den Bestand der Erbschaft[28]; auch die Verjährungszeit ist die regelmäßige.

7. Bei der Verletzung eines freien Menschen kann nach heutigem Recht außer dem Ersatz des Vermögensinteresse ein s. g. Schmerzensgeld[29] gefordert werden[30], welches wirkliche

---

[26] L. 11 §. 2 D. h. t.: — „nam ex lege Aquilia, quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena". Unter allen Umständen aber haften die mehreren Beschädiger solidarisch (§. 298 Note 15). Vgl. Seuff. Arch. I. 66 (Kritz Rechtsfälle III S. 218—228), XIII. 144.

[27] L. 37 pr. D. h. t. „Liber homo si iussu alterius manu iniuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est, qui iussit, si modo ius imperandi habuit. Quod si non habuit, cum eo agendum est, qui fecit". Vgl. l. 7 §. 4 D. arb. furt. caes. 47. 7; ferner l. 44 §. 1 l. 45 pr. D. h. t. (dazu Note 9 a. E. und Seuff. Arch. XVI. 220). S. auch das. X. 165. — Um so weniger haftet der Auftraggeber oder Dienstherr ohne Weiteres für den Schaden, welchen der Beauftragte oder Bedienstete bei Ausführung der ihm aufgetragenen oder gebotenenen Thätigkeit anrichtet. Seuff. Arch. XVII. 34 (anders X. 164, XV. 130, vgl. übrigens XIV. 208). Er haftet nur insoweit, als ihn eine culpa in eligendo trifft (oben Note 12), oder der Schaden seinen Grund in einem Versehen hat, welches ihm selbst zur Last fällt, z. B. er hat zum Zweck der Ausführung der betreffenden Thätigkeit fehlerhafte Werkzeuge gestellt (Seuff. Arch. XIV. 208). Daß er auch dann haftet, wenn der Schaden durch eine von dem Beauftragten oder Bediensteten gefertigte Arbeit angerichtet worden ist, und er diese Arbeit sich als die seinige angeeignet hat, versteht sich von selbst (Seuff. Arch. IV. 119, VIII. 53, XIV. 36; auch VII. 150 gehört wohl hierher, obgleich dieses Erkenntniß im Ausdruck weiter geht).

[28] Nach römischem Recht auf die Bereicherung, l. 23 §. 8 D. h. t., §. 9 I. h. t. S. §. 359 Note 15. 16.

[29] Seitz Untersuchungen über die heutige Schmerzensgeldklage (1860). S. außerdem Gensler Arch. f. civ. Pr. I S. 146—155 (1820).

[30] Dieser Satz beruht auf der Praxis, welche in der P. G. O. Art. 20. 21 einen Anhalt gefunden hat. (Es heißt hier, daß der Richter, welcher Jemanden ohne genügende Anzeige foltere, schuldig sei, dem Gefolterten „seiner schmach, schmerzen, kosten und schaden der gebüre ergetzung zu thun".) Doch ist die gemeinrechtliche Geltung des Schmerzensgeldanspruches nicht unbestritten. Gegen dieselbe haben sich erklärt die bei Glück X S. 388 Note 61 und bei Wächter Lehrb. des Strafr. II S. 183 Genannten, und neuerdings wird sie auch von Seitz a. a. O. S. 120 fg. angefochten. Dieser letztere Schriftsteller leugnet zwar nicht die gemeinrechtliche Gerichtsübung des

Strafe[31], und nach der Analogie der Injurienstrafe zu beurtheilen ist[32].[33]

Schmerzensgeldanspruches, wohl aber, daß diese Uebung als Ausdruck eines Gewohnheitsrechtes anerkannt werden dürfe. Denn das Schmerzensgeld habe seinen Ursprung in dem altdeutschen Compositionensystem, die deutschen Privatbußen aber seien durch Gewohnheitsrecht abgeschafft worden. Allein auch die bezeichnete Ansicht über den Ursprung des Schmerzensgelds als richtig zugegeben (sie ist die herrschende), so wird ja eben durch die gemeinrechtliche Uebung des Schmerzengeldanspruches bewiesen, daß jene Abschaffung keine vollständige gewesen ist. Seitz beruft sich ferner darauf, daß die Geltung des Schmerzensgeldanspruches schon deßwegen nicht Gewohnheitsrecht sein könne, weil es einem solchen Gewohnheitsrecht an der Vernünftigkeit fehlen würde; denn es sei ein keine Ausnahme duldendes Princip, daß die Strafe nicht Privatrecht werden könne. Dieß ist jedoch eine unbewiesene Behauptung, wie, von allem Anderen abgesehen, schon aus der unbestrittenen Geltung der actio iniuriarum hervorgeht. Das Gewicht der Carolina, welche jedenfalls den Grundsatz anerkennt, schlägt Seitz offenbar zu gering an. Vgl. gegen Seitz auch die guten Bemerkungen von Stintzing krit. VJSchr. II S. 592 fg. Für die gemeinrechtliche Geltung des Schmerzensgeldanspruchs haben erkannt die höchsten Gerichte zu Oldenburg, München und Celle (Seuff. Arch. I. 220, IV. 227, XV. 131); gegen dieselbe das OAG. zu Wiesbaden (XIII. 31, — weil die behauptete Praxis gegen ein ausdrückliches Gesetz, l. 7 D. de his qui effud., verstoße!).

[31] Bestritten. Als Gegner der aufgestellten Behauptung müssen alle diejenigen angesehen werden, welche die Schmerzensgeldklage als eine actio utilis legis Aquiliae auffassen, wie das die herrschende Auffassung im vorigen Jahrhundert war, und wohl noch jetzt ist (Seitz S. 105). Aber es ist zu bedenken, daß Schmerzen und Geldleistung absolut unvergleichbare Größen sind; das Schmerzensgeld ist also eben nicht Ersatz, und wenn es nicht Ersatz ist, so muß es Strafe sein. Allerdings ist der dem Schmerzensgeld zu Grunde liegende Gedanke der, daß dem Verletzten sein Schmerz bezahlt werden soll; aber es ist eben der Gedanke einer jeden Privatstrafe, daß dem Verletzten das erlittene Unrecht bezahlt werden soll. S. auch Gensler S. 147 Note 4, Seitz S. 164 und die das. Citirten. — Folgt aus der Strafnatur des Schmerzensgeldes, daß es durch die von Amtswegen eintretende öffentliche Bestrafung der Körperverletzung ausgeschlossen werde? Nicht ohne Weiteres, und die herrschende Meinung ist dagegen (s. die Lehrbücher des Strafrechtes von Wächter II S. 183 und Heffter §. 283), allerdings, wie es scheint, hauptsächlich auf Grund der Auffassung der Schmerzensgeldklage als einer Ersatzklage (vgl. auch das Urtheil des OAG. zu Oldenburg bei Seuff. Arch. I. 220); obgleich andererseits selbst solche Schriftsteller die Concurrenz bestreiten, welche diese Auffassung theilen (so namentlich Petr. Müller Diss. de pecunia doloris, Ienae 1606, cap. IV th. 2 vgl. mit cap. II th. 3). A. M. auch Seitz S. 181 fg. Vgl. auch Köppen Erbrecht S. 179 Note 22. Die

2. Andere Bestimmungen.

§. 456.

1. Aus gewaltsamer Beschädigung gewährt das römische Recht einen Anspruch nach den Grundsätzen des Raubes[1]. Für die heutige Anwendbarkeit des Strafzusatzes dieses Anspruchs gilt das Nämliche, was in Betreff des Raubes selbst gesagt worden ist.

2. Aus böswilliger Beschädigung in den in §. 454 bei Nr. 2 und 3 bezeichneten Fällen gewährt das römische Recht Ansprüche nach den daselbst bezeichneten Grundsätzen[2]. Für die heutige Anwendbarkeit des in diesen Ansprüchen enthaltenen Strafzusatzes gilt das Gleiche, wie für die heutige Anwendbarkeit des betreffenden Strafzusatzes bei dem Anspruch aus dem Aquilischen Gesetz.

3. Das Nämliche ist zu sagen, was den Strafzusatz des Anspruches angeht, welchen das römische Recht aus böswilliger Be-

---

Concurrenz der Schmerzensgeldklage mit der Injurienklage ist unbestritten, wie denn auch die Carolina ausdrücklich neben „schmerzen" die „iniurien" nennt. Seitz S. 180. — Eine berechtigte Folgerung aus der Strafnatur des Schmerzensgeldes ist, daß die Erben des Verletzers nicht haften, vgl. l. 5 §. 5 D. de his qui eff. 9. 3. Wäre übrigens auch das Schmerzensgeld Ersatz, so würden die Erben nicht, wie Glück X S. 389 und Seitz S. 182 annehmen, unbedingt, sondern nur bis zum Belange der Erbschaft haften (§. 359 Note 15. 16).

[32] Das Schmerzensgeld enthält eine Ausdehnung der von der Injurie geltenden Regel von der geistigen auf die körperliche Kränkung. Deßwegen geht der Anspruch nicht auf die Erben des Verletzten über. Für entscheidend halte ich in dieser Beziehung l. 5 §. 5 D. de his qui eff. 9. 3. Uebereinstimmend Seitz S. 183 und das Erkenntniß des OAG. zu Cassel bei Seuff. Arch. VIII. 138. In früherer Zeit war die Auffassung der Schmerzensgeldklage als actio iniuriarum sehr verbreitet. Seitz S. 108. — Die Verjährung des Anspruchs ist die gewöhnliche. Vgl. l. 5 §. 5 cit. und Seitz S. 198 fg.

[33] Ueber noch andere Fragen s. Seitz S. 184—197. 206—213. Ausmessung des Schmerzensgeldes: Seuff. Arch. XV. 131, XVIII. 138.

§. 456. [1] L. 2 (s. namentlich pr. und §. 9 das.) D. vi bon. rapt. 47. 8. Unterholzner II §. 689.

[2] a) L. 1 pr. l. 3 §. 4. 7 D. de incend. 47. 9; b) l. 1 pr. l. 12 §. 1 D. de public. 39. 4. Unterholzner II §. 690. 693.

schädigung bei einem Auflaufe gewährt: dieser Anspruch geht außer auf Ersatz binnen eines Jahres (tauglicher Zeit) auf das andere Einfache als Strafe[3]. Der Ersatzanspruch hat das Besondere, daß er auch gegen den Anstifter geht[4].

4. Auch der aus dem Baumfrevel[5] entstehende Anspruch[6] geht außer auf Ersatz auf das andere Einfache als Strafe[7]. In Betreff der heutigen Anwendbarkeit dieser Strafe ist auch hier das zuvor Gesagte zu wiederholen[8]. Der Anspruch wird außer dem Eigenthümer auch dem Emphyteuta zugestanden[9], dagegen dem Nießbraucher versagt.

5. Böswillige Verletzung eines Grabmals[10] erzeugt einen Anspruch[10a] für den Betheiligten[11] auf eine von dem Richter nach seinem Ermessen zu bestimmende Geldleistung[12]. Es überwiegt hier jedoch über den Gesichtspunkt der Beschädigung der Gesichtspunkt der dem Betheiligten zugefügten Kränkung[13], und

---

[3] L. 4 D. vi bon. rapt. 47. 8. Unterholzner II §. 680.

[4] L. 4 §. 4—6 tit. cit.

[5] Dig. 47. 7 arborum furtim caesarum. Unterholzner II §. 688.

[6] Daß in diesem Falle aber auch die gewöhnliche actio legis Aquiliae begründet sei, sagt ausdrücklich l. 1 D. h. t.

[7] L. 7 §. 7 l. 8 pr. D. h. t.

[8] Für die heutige Anwendbarkeit spricht sich hier (vgl. §. 455 Note 24) Schilter exerc. 49 §. 21 aus.

[9] L. 5 §. 2. 3 D. h. t. Vgl. Ihering Abhandlungen S. 130. 131. 140. — Ueber andere Punkte s. l. 3. 4 D. h. t.; l. 5 pr. l. 7 §. 2. 3 D. h. t.; l. 7 pr. §. 1 l. 8 §. 1—3 D. h. t.; l. 6 pr. §. 1 D. h. t.; l. 7 §. 6 D. h. t.

[10] Dig. 47. 12 Cod. 9. 19 D. de sepulcro violato. Unterholzner II §. 733. Der Begriff des sepulcrum violatum wird sehr weit gefaßt; s. darüber l. 3 pr. §. 3. 6. 11 l. 4 l. 11 D. l. 4. 5 C. h. t., l. 11 §. 2 l. 22 §. 4 D. quod vi aut cl. 43. 24, Paul. S. R. I. 21 §. 4. 5. 8. 9; l. 3 §. 2 D. h. t., l. 2 §. 5 D. de relig. 11. 7.

[10a] Die actio legis Aquiliae ist in diesem Falle nicht anwendbar, l. 2 D. h. t.

[11] „Ei ad quem pertinet". L. 3 pr. §. 9. 10 l. 6 D. h. t.

[12] L. 3 pr. §. 8. 9 D. h. t. L. 3 §. 8 cit. „Qui de sepulcri violati actione iudicant, aestimabunt, quatenus intersit, scilicet ex iniuria, quae facta est, item ex lucro eius, qui violavit, vel ex damno, quod contigit, vel ex temeritate eius, qui fecit".

[13] L. 6 l. 10 D. h. t., l. 20 §. 5 D. de acq. vel. om. her. 29. 2.

deßwegen geht der Anspruch auf die Erben des Verletzten nicht über[14]. Durch die öffentliche Strafe wird der Anspruch nicht ausgeschlossen[15], und somit läßt sich seine heutige Anwendbarkeit principiell nicht bestreiten[16].

6. Aus unbefugter Bestattung eines Leichnams entspringt ein Anspruch auf Wegnahme des Leichnams oder Ersatz des Werthes des Grundstückes. Dieser Anspruch steht dem Eigenthümer, und analog auch dem sonst an dem Grundstück dinglich Berechtigten zu[17].

7. Ein Schadensersatzanspruch ist auch gegen denjenigen begründet, welcher durch fortgesetztes Gehen ein Stück von einem fremden Grundstück abtritt und zum Wege zieht[18].

8. Wer auf einem fremden Grundstück etwas vorzunehmen an und für sich berechtigt ist, wird dazu nicht eher zugelassen, bis er Ersatz des etwa anzurichtenden Schadens versprochen hat[19].

9. Wegen Beschädigung des Geistes hat der Vater einen Anspruch gegen den Verführer seines Kindes. Die Bestimmung der Höhe der Leistung ist dem Ermessen des Richters überlassen; derselbe hat aber namentlich auf den durch den Verführten dem Vater zugefügten Vermögensschaden Rücksicht zu nehmen[20].

---

[14] S. §. 359 Nr. 1. In l. 10 §. 1 cit. wird dem Erben die Klage nicht als Erben gegeben. S. auch l. 20 §. 5 cit. und l. 5 l. 6 pr. D. de rel. 11. 7.

[15] L. 4 C. h. t.

[16] Vgl. Wächter Strafr. II S. 547, Heffter Strafr. §. 354. — Wenn der Betheiligte den Anspruch nicht verfolgt, gewährt das römische Recht jedem Bürger das Recht, eine Strafe von 100 bez. von 200 aurei einzuklagen. L. 3 pr. l. 6 D. h. t. Vgl. Bruns Zeitschr. f. RGesch. III S. 371—375 und §. 326 Note 6.

[17] L. 2 §. 1—3 l. 7 l. 8 §. 4 D. de relig. 11. 7. Die in l. 2 §. 2 cit. erwähnte „poena pecuniaria" ist keine Privatstrafe.

[18] Actio viae receptae (reiectae?). L. 3 pr. D. de via publ. 43. 11.

[19] Damni infecti cautio (§. 460 Note 9). L. 5 §. 4 l. 9 §. 1 l. 15 D. ad exh. 10. 4, l. 19 §. 4 D. loc. 19. 2, l. 9 §. 1 l. 30 D. de damn. inf. 39. 2, l. 5 D. de aq. pluv. 39. 3, l. 3 §. 11 l. 5 §. 4 D. de itin. publ. 43. 19, l. 1 §. 38 D. de aq. quot. 43. 20, l. 3 §. 9 D. de riv. 43. 21, l. 1 pr. D. de cloac. 43. 23. Vangerow III S. 567. Seuff. Arch. IV. 10.

[20] Das römische Recht gibt dem Herrn gegen den Verführer seines Sclaven einen Anspruch auf das Doppelte seines Vermögensinteresse, actio de servo corrupto, Dig. 11. 3. Unterholzner II S. 703—705. Dieser An-

3. Beschädigung durch andere Personen und durch Thiere.

§. 457.

1. Für den Schaden, welcher durch Hinauswerfen oder Hinausgießen auf einen besuchten Ort angerichtet ist, haftet dem Beschädigten derjenige, welcher das Gemach oder den sonstigen Raum, aus dem hinausgeworfen oder hinausgegossen worden ist, bewohnt oder sonst benützt[1], vorbehaltlich seines Rückgriffs gegen den wirklichen Thäter[2]. Und zwar haftet er nach römischem Recht mit einem Strafzusatz, welcher das andere Einfache des angerichteten Schadens beträgt, bei Körperverletzung aber durch das Ermessen des Richters zu bestimmen ist[3]. Die heutige An-

---

spruch ist natürlich heutzutage unpraktisch. Nach l. 14 §. 1 D. tit. cit. soll aber auch dem Vater gegen den Verführer seines Kindes eine utilis actio gewährt werden. Daß auch diese utilis actio auf das Doppelte gehe, wie allgemein angenommen wird, ist in der genannten Stelle nicht gesagt; vielmehr zeigt dieselbe deutlich, daß bei dieser utilis actio der vorwiegende Gesichtspunkt gar nicht der des Vermögensinteresse ist, so daß sie auch da eintritt, wo es an einem zu Verdoppelnden ganz fehlt, weßwegen eben auf das richterliche Ermessen verwiesen wird. Von der anderen Seite läßt sich nicht annehmen, daß das römische Recht dem Richter habe verbieten wollen, für den Fall, daß sich wirklich ein Vermögensschaden herausstellen sollte, auf denselben bei der Bestimmung der Leistungssumme Rücksicht zu nehmen, vgl. in dieser Beziehung l. 9 §. 3 — l. 11 §. 1 D. h. t. Für die heutige Anwendbarkeit dieser actio utilis erklären sich Schilter (exerc. 21 §. 16) und Stryk (ad. h. t. §. 3); Anwendungsfälle berichtet Berger in der bei §. 326 Note 5 angeführten Dissertation §. 31. — Man hat es vielfach versucht, diese actio utilis auf andere Fälle auszudehnen; namentlich hat man sie dem Ehemannne wegen Verführung der Ehefrau geben wollen. Vgl. Glück XI §. 754.

[1] Dig. 9. 3 de his qui effuderint vel eiecerint; §. 1. 2 I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5. v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 66—70. Glück X S. 392 fg.; Unterholzner II §. 730. 731, Kuntze bei Holzschuher III S. 1124. 1125. — Besuchter Ort: l. 1 §. 1. 2 l. 6 pr. §. 1 D. h. t. Bewohnen: l. 1 §. 4. 9 l. 5 §. 1. 2 l. 6 §. 2 D. h. t.; l. 1 §. 10 l. 5 pr. D. h. t. Sonstiger Raum und sonstige Benützung: l. 5 §. 3 l. 6 §. 3 D. h. t. §. 457.

[2] L. 5 §. 4 D. h. t. Vgl. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 227.

[3] L. 1 pr. §. 6 l. 5 §. 5 D. h. t. Es ist bestritten, ob die Geldleistung

wendbarkeit dieses Strafzusatzes ist principiell nicht ausgeschlossen, wird aber von den Meisten bestritten[4].

2. Schiffer Gast- und Stallwirthe haften aus den von ihren Leuten angerichteten Beschädigungen in gleicher Weise, wie aus den von denselben verübten Entwendungen (§. 454 Nr. 5)[5].

3. Für den Schaden, welchen ein Thier gegen die Art und Weise seiner Gattung anrichtet[6], haftet dem dadurch in seinem Interesse Gekränkten[7] der Eigenthümer des Thieres mit der Maßgabe, daß er sich durch Preisgeben des Thieres befreien kann[8]. Wird das Thier veräußert, so geht der Anspruch auf

---

wegen Körperverletzung als Strafe oder als Schadensersatz zu verstehen sei, Wächter Lehrb. des Strafr. II S. 191. Aber s. gegenüber von §. 1 I. cit. und l. 7 D. h. t. l. 5 §. 5 D. h. t.

[4] Schilter (exerc. 19 §. 80) und Stryk (ad. h. t. §. 2) sprechen sich nicht dagegen aus. — Die Klage aus der Körperverletzung ist nach römischem Recht actio popularis; wenn durch die Verletzung der Tod herbeigeführt worden ist, geht dieselbe auf 50 aurei, l. 1 pr. D. h. t. Bruns Zeitschr. f. Rechtsgesch. III S. 375—377. Diese actio popularis ist heutzutage unanwendbar, §. 326 Note 6. — Ebenso ist unanwendbar die actio popularis auf 10 solidi gegen denjenigen, welcher auf einem Vorsprunge eines von ihm benützten Gebäudes Etwas in gemeingefährlicher Weise aufstellt, l. 5 §. 6 sqq. D. h. t., §. 1 I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5. Vgl. Bruns Zeitschr. f. Rechtsgesch. III S. 383—384.

[5] S. §. 354 Note 21. 22.

[6] Inst. 4. 9 Dig. 9. 1 si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. Thibaut Versuche II. 8. (1801). Zimmern System der römischen Noxalklagen S. 79—117 (1818). Gesterding Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV S. 261—288 (1831, auch abgedruckt in der „Ausbeute von Nachforschungen" VI. 2. Abth. S. 135—165). Glück X S. 269 fg.; Unterholzner II §. 682, Sintenis II S. 780—783, Vangerow III §. 689 Anm. — L. 1 §. 3 D. h. t. „Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum; nec enim potest animal iniuriam fecisse, quod sensu caret". — Gegen die Natur seiner Gattung: l. 1 §. 4—7. 10. 11 l. 5 D. h. t., pr. I. h. t. Thier: l. 4 D. h. t. — Ist der Eigenthümer an der Beschädigung Schuld, so haftet er nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes, l. 1 §. 5 D. h. t., l. 8 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2.

[7] L. 2 pr. D. h. t. „Haec actio non solum domino, sed etiam ei, cuius interest, competit: veluti ei cui res commodata est, item fulloni; quia eo, quod tenentur, damnum videntur pati".

[8] Noxae datio. L. 1 pr. §. 11—14. 16 D. h. t., pr. I. h. t., l. 7 §. 1 D. de damno inf. 39. 2. Vgl. l. 12. 13. 30 D. de nox. act. 9. 4.

den neuen Eigenthümer über[9]. Der gleiche Anspruch findet Statt, wenn Vieh fremde Früchte abfrißt[10]. — Für den Schaden, welchen ein nicht gehörig bewachtes gefährliches Thier anrichtet, haftet derjenige, den die Schuld trifft, nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes[11].

4. Beschädigung durch Sachen*.

a. Durch Grundstücke**.

α. Das Allgemeine.

§. 458.

Für den Schaden, welcher von Grundstücken herkommt, kann Ersatz begehrt werden nach folgenden Grundsätzen[1].

[9] Noxa caput sequitur. L. 1 §. 12. 13. 17 D. h. t. Mit dem Tode des Thieres fällt der ganze Anspruch weg, l. 1 §. 13 D. h. t. (vgl. I §. 128 Note 4). — Auf diesen engen Raum haben sich die actiones noxales zurückgezogen, welche im römischen Rechte so wichtig waren. Gai. IV. 75—79; Inst. 4. 8 Dig. 9. 4 Cod. 3. 41 de noxalibus actionibus. Sie galten, außer bei Thieren, bei Delicten der Sclaven, und im classischen Recht auch bei Delicten der Hauskinder (im Justinianischen Recht ist das Letztere verschwunden, und von Justinian ausdrücklich aufgehoben, §. 7 I. h. t.). Vgl. Zimmern System der römischen Noxalklagen (1818). v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 8—47. Heutzutage haften Dienstherren aus den Beschädigungen ihrer Leute, und Aeltern aus den Beschädigungen ihrer Kinder nur insoweit, als die Schuld auf sie zurückfällt (§. 455 Note 12. 27).

[10] Actio de pastu pecoris, deren Existenz übrigens bestritten ist. S. l. 14 §. 3 D. de praescr. verb. 19. 5 in Verbindung mit Paul. S. R. I. 15 §. 1; Zimmern S. 105 fg., Gesterding §. 6, Unterholzner S. 172, Sintenis II §. 127 Anm. 29 zweite Hälfte, Arndts §. 327 Anm. 2, Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 222. S. auch l. 9 §. 1 D. ad exh. 10. 4, l. 6 C. de leg. Aq. 3. 35.

[11] Vgl. l. 1 §. 5 D. si quadrupes 9. 1, l. 8 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 6 C. de lege Aq. 3. 35. — Das römische Recht enthält für diesen Fall (aus dem aedilicischen Edict) noch eine besondere Bestimmung: nach derselben geht gegen den Schuldigen eine actio popularis (Bruns Zeitschr. f. RGesch. III S. 343) auf das Doppelte des angerichteten Schadens, außerdem bei Körperverletzung auf eine arbiträre Geldstrafe, bei Tödtung auf 200 solidi, l. 40 §. 1 l. 41 l. 42 D. de aed. ed. 21. 1. Dieser Anspruch ist für das heutige Recht, auch soweit er nicht popular ist, durch Art. 136 der P. G. O.

1. Der Schaden braucht bloß dann ersetzt zu werden, wenn der Beschädigte sich vor dem wirklichen Eintreten desselben gerührt, und ein Versprechen des Ersatzes von dem Gegner erlangt hat[2]. Nur wenn der Beschädigte das Seinige gethan hat, um ein solches Versprechen zu erlangen, dieß ihm aber trotz dem nicht gelungen ist, kann er Schadensersatz auch direct fordern[3]; abgesehen von diesem Fall hat er ohne Schadensersatzversprechen nur ein Retentionsrecht an den etwa in seinen Besitz gelangten Sachen[4].

---

beseitigt (§. 326 Note 4[a]). Vgl. übrigens auch §. 1 I. si quadrupes 4. 9, und zu l. 1 §. 10 eod. Pernice a. a. O. S. 225.

§. 458. * Genau genommen sollte gesagt werden: durch andere Sachen, da ja auch die Thiere (§. 457) Sachen sind.

** Dig. 39. 2 de damno infecto et de suggrundis et de protectionibus. — Hesse die cautio damni infecti (2. Aufl. 1841). Bachofen das römische Pfandrecht S. 110 fg. 368 fg. (1847). Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXX S. 226 fg. (1847). Hesse über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 1—184 (1859). Unterholzner II S. 714—721, Sintenis II S. 784—790, Vangerow III §. 678 Anm. (S. 567—587). — Ueber das Geschichtliche der Lehre s. Huschke de actionum formulis, quae in lege Rubria exstant (1832), deutsch bearbeitet in dessen „Gajus" S. 203—242 (1855); Hesse Rechtsverhältnisse rc. S. 168 fg.

[1] Das Edict des Praetors in l. 7 pr. D. h. t.

[2] Cautio damni infecti. Mit dem Versprechen muß in gewissen Fällen Sicherheitsbestellung verbunden werden; darüber das Nähere im folgenden §. (Nr. 2). — Vgl. noch Ihering Jahrb. f. Dogm. VI S. 98 fg. Schuldmoment S. 27. — Heutige Anwendbarkeit: Reinhard a. a. O. S. 246, Hesse Rechtsverh. rc. S. 144. 182. 183. Seuff. Arch. XVII. 51.

[3] a) L. 7 pr. l. 4 §. 2 l. 15 §. 36 l. 16. 17 l. 18 §. 13—15 l. 44 pr. D. h. t., l. 4 §. 2 D. ne fis fiat ei 43. 4: der Beschädigte hat einen richterlichen Befehl auf Leistung des Versprechens erwirkt, aber der Gegner dem Befehl nicht gehorcht. b) L. 15 §. 28 D. h. t.: der Beschädigte hat sich an den Richter gewendet; aber der Richter überlegt noch, ob er den Befehl ertheilen soll. c) L. 4 §. 3 D. ne vis fiat ei 43. 4: der Beschädigte konnte sich nicht an den Richter wenden, weil derselbe ihm nicht zugänglich war. d) L. 7 §. 2 l. 8 l. 9 pr. D. h. t.: der Beschädigte „non ipsius negligentia, sed propter aliquod impedimentum sibi non prospexit". — Nach römischem Recht konnten auch die Municipalmagistrate auf Ersatz belangt werden, wenn durch deren Verschulden das Versprechen nicht geleistet worden war, l. 4 §. 7—10 D. h. t.

[4] L. 6 l. 44 pr. D. h. t. — Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note Hesse Rechtsverhältnisse rc. S. 131 fg., Vangerow Nr. IX.

+ in seiner Beschaffenheit, nicht derjenige, welcher seinen Grund in

2. Der Schaden braucht nicht über den Werth hinaus ersetzt zu werden, welchen das Grundstück für den Verpflichteten hat; dieser kann sich durch Preisgeben des Grundstückes von aller Verpflichtung befreien[5].

3. Es braucht nur derjenige Schaden ersetzt zu werden, welcher seinen Grund in der natürlichen Beschaffenheit des Grundstücks hat[6].

4. Dem Grundstück stehen gleich die auf dem Grundstück befindlichen Anlagen[7].

b. Das Nähere.

§. 459.

1. Fordern kann[1] das Schadensersatzversprechen derjenige, welcher von dem drohenden Schaden betroffen werden wird: nicht bloß der Eigenthümer[2], welchem der redliche Besitzer gleichzustellen

---

[5] Also derselbe Grundsatz, wie bei dem durch Thiere angerichteten Schaden, nur daß dieser Grundsatz nach dem im folgenden §. (Nr. 4) zu Sagenden hier in anderer Weise verwirklicht wird. L. 7 §. 1 D. h. t. — „Cum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus: multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non debent onerare, praesertim cum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae exstent, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint extare“. L. 9 pr. eod. Vgl. auch l. 5 D. ne quid in loco publ. 43. 8 (dazu Huschke a. a. O. S. 210. 211 der deutschen Bearbeitung).

[6] Es muß ersetzt werden der Schaden, welcher entstanden ist „vitio aedium, loci, operis“, l. 24 §. 12 D. h. t. S. ferner l. 24 pr. §. 2. 5. 6. 9 l. 19 §. 1 eod. Ueber den Begriff des vitium s. l. 24 §. 2 D. h. t. „Vitium autem aedium et loci esse Labeo ait, quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit; denique nemo dixit, palustris loci vel arenosi nomine quasi vitiosi committi stipulationem, quia naturale vitium est, et ideo nec ea stipulatio interponitur, neque interposita committetur“. Nähere Ausführung im Verfolg der Stelle und in l. 43 pr. D. h. t. Vgl. noch l. 13 §. 2 D. h. t. Hesse Rechtsverhältnisse rc. S. 59 fg.

[7] Es muß ersetzt werden der Schaden, welcher entstanden ist „vitio aedium, loci, operis“. Bei „opus“ denken die Römer vorzugsweise an ein Bauwerk; aber auch jede andere Anlage gehört hierher, selbst das auf dem Grundstück Gewachsene, l. 24 §. 9 D. h. t.

[1] Hesse Rechtsverhältnisse rc. S. 80—96, Vangerow a. a. O. Nr. II. §. 459.

[2] L. 5 §. 2 l. 20 D. h. t. Miteigenthum: l. 27 D. h. t.

ist[3], sondern auch der an der Sache sonst dinglich Berechtigte[4], ja auch der an der Sache nicht Berechtigte, wenn er[5] entweder dem Berechtigten den Schaden ersetzen muß[6], oder wenn er ein Forderungsrecht auf die Sache hat und der Schuldner ihm für den Schaden nicht einsteht[7]. Jedoch braucht bei der Forderung des Versprechens der Fordernde das Rechtsverhältniß, kraft dessen er von dem drohenden Schaden wird betroffen werden, nicht sofort auch zu beweisen; der Gegner kann einstweilen nur den Gefährdeeid verlangen, und zum Beweise kommt es erst dann, wenn aus dem geleisteten Versprechen auf Ersatz des wirklich eingetretenen Schadens geklagt wird[8]. — Ausnahmsweise kann der an und für sich Berechtigte das Versprechen dann nicht fordern, wenn er selbst früher dem Gegner das Versprechen verweigert und in Folge davon an denselben das Eigenthum des schadendrohenden Gegenstandes verloren hat[8a].

3. Verpflichtet[9] zur Leistung des Versprechens ist außer dem Eigenthümer[10], welchem auch hier der redliche Besitzer gleichsteht[11],

---

[3] Dieß ist bestritten wegen l. 11 l. 13 §. 9 D. h. t., wo von Marcellus, unter Billigung von Ulpian, das Gegentheil ausgesprochen wird. Aber man muß dieß für eine von der Gesammtentwickelung des römischen Rechtes überholte Meinung halten. S. l. 18 pr. D. h. t.: „Damni infecti stipulatio competit . . . ei, cuius in bonis res est" in Verbindung mit l. 49 D. de V. S. 50. 16, und die Ausführung von Jhering Abhandlungen S. 106 fg., auch Hesse a. a. O. S. 84 fg. Auf der anderen Seite namentlich Vangerow a. a. O. und die daselbst Citirten.

[4] Genannt werden: Superficiar, l. 13 §. 8 l. 39 §. 2 D. h. t.; Nießbraucher, l. 5 §. 2 l. 13 §. 8 l. 20 D. h. t.; Pfandgläubiger, l. 11 D. h. t. (Dernburg Pfandrecht II S. 392).

[5] L. 18 pr. D. h. t. „Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam cuius periculo res est". Vgl. andererseits l. 13 §. 4 D. h. t.

[6] L. 21 D. h. t. In l. 13 §. 5 D. h. t. fordern, wie Hesse S. 80 richtig bemerkt, die inquilini das Versprechen nicht wegen des von ihnen gemietheten Hauses, sondern wegen der von ihnen eingebrachten Sachen.

[7] L. 38 pr. D. h. t.; vgl. l. 18 §. 7—10 eod.

[8] L. 7 pr. l. 13 §. 3. 12. 13 D. h. t. A. M. Hesse S. 117 fg.

[8a] L. 13 §. 11 D. h. t.

[9] Hesse Rechtsverhältnisse ꝛc. S. 96—104, Vangerow a. a. O. Nr. III. IV.

[10] L. 9 §. 4. 5 l. 10 l. 15 §. 27 l. 19 pr. l. 22 D. h. t. Wird über das Eigenthum Proceß geführt, so trifft die Verpflichtung den Besitzer, l. 39

jeder sonst an der Sache dinglich Berechtigte[12], so jedoch, daß das Versprechen nicht von Mehreren zugleich verlangt werden kann[13]. Zwischen dem Eigenthümer und dem redlichen Besitzer einerseits, und dem sonst an der Sache Berechtigten andererseits, besteht aber der Unterschied, daß jene mit dem einfachen Versprechen genug thun, während dieser außerdem Bürgschaft stellen muß[14]. Auch derjenige muß Bürgschaft stellen, welcher auf einem öffentlichen Grundstück eine Anlage macht[15].

4. Gerichtet werden[16] muß das Versprechen auf Ersatz des in §. 458 Nr. 3 bezeichneten Schadens. Unter Schaden ist das gesammte Interesse zu verstehen[17], einschließlich des entbehrten Gewinnes[18]. — Das Versprechen braucht bloß für eine vom Richter zu bestimmende Zeit[19], bei Wasserbauten für 10 Jahre, gegeben zu werden[20]. — Das Versprechen berechtigt und verpflichtet natürlich auch die Gesammtnachfolger, aber ebenso natürlich nicht die Sondernachfolger[21].

---

§. 1 D. h. t. Miteigenthum: l. 27 l. 40 §. 3 D. h. t., l. 6 §. 7 D. comm. div. 10. 3.

[11] L. 13 pr. D. h. t.

[12] Emphyteuta und Superficiar: l. 9 §. 4 l. 15 §. 26 l. 19 pr. D. h. t. Nießbraucher: l. 9 §. 5 l. 10 l. 15 §. 25 l. 19 pr. D. h. t. Pfandgläubiger: l. 11. 12 l. 15 §. 25 l. 19 pr. D. h. t.

[13] L. 9 §. 4. 5 D. h. t. In beiden Stellen wird der Nichteigenthümer neben dem Eigenthümer alternativ („aut") genannt. Vgl. l. 22 §. 1 D. h. t. — Hinterherige Ausgleichung zwischen dem Eigenthümer und dem sonst dinglich Berechtigten: l. 9 §. 5 l. 10 l. 22 pr. D. h. t., vgl. l. 17 §. 1 D. de nox. act. 9. 4, l. 9 pr. §. 3 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Hesse a. a. O. S. 166 fg., Bachofen a. a. O. S. 118 fg., Elvers röm. Servitutenlehre S. 572 fg.

[14] L. 7 pr. D. h. t.; l. 9 §. 4. 5 l. 10 l. 22 D. h. t.; l. 13 pr. D. h. t.; l. 9 §. 4. 5 l. 10 l. 11 l. 15 §. 25 l. 19 pr. l. 22 pr. D. h. t.

[15] L. 7 pr. l. 15 §. 2. 6 l. 24 pr. D. h. t.

[16] Hesse Rechtsverhältnisse ꝛc. S. 146 fg., Vangerow a. a. O. Nr. VI.

[17] L. 5 §. 2 l. 18 §. 10 l. 28 l. 37 D. h. t. S. noch l. 18 §. 5. 6 D. h. t., l. 40 pr. eod. und dazu §. 258 Note 2.

[18] L. 28. 29. 37 D. h. t.

[19] L. 4 pr. l. 13 §. 14 l. 14 l. 15 pr. §. 1 D. h. t.

[20] L. 7 pr. l. 15 §. 2. 4. 6. 7 D. h. t.

[21] Aber es kann ausgemacht werden, daß der Versprechende auch für denjenigen Schaden haften solle, welcher eintreten werde, nachdem das Grundstück in andere Hände übergegangen sei. Dieß sagt l. 24 §. 1 D. h. t. Vgl. l. 17

4. Die Leistung des Versprechens wird nicht direct erzwungen. Die Folge seiner Verweigerung[22] ist vielmehr zuerst Einweisung in den Besitz des Grundstückes, von welchem der Schaden droht[23]; durch welche Einweisung jedoch der bisherige Besitzer nicht verdrängt wird[24]. Wird das Versprechen auch jetzt noch nicht geleistet[25], so wird dem Beklagten durch eine zweite richterliche Verfügung[26] sein Recht abgesprochen, und dieses auf den Kläger übertragen[27].

---

§. 4 l. 18 §. 10 eod. Vangerow Nr. VI. 6, Hesse S. 150—152. Anders, aber gewiß nicht richtig, faßt die l. 24 §. 1 cit. Schmidt Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 21 unt. 22.

[22] Hesse Rechtsverhältnisse ꝛc. S. 152—166, Vangerow a. a. O. Nr. VII.

[23] L. 7 pr. D. h. t.; l. 4 §. 1 l. 15 §. 11—14 l. 38 §. 1 D. h. t., l. 1 D. quib. ex caus. in po. 42. 4; l. 15 §. 15 l. 40 §. 4 l. 7 pr. i. f. D. h. t.

[24] L. 15 §. 20 D. h. t. Der Zweck der Einweisung ist, dem Eingewiesenen „custodiam et observationem“ zu verschaffen (l. 3 §. 23 D. de acq. vel om. po. 41. 2, l. 12 D. quib. ex caus. in po. 42. 4), nebenbei auch: „ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat . . . cautionem“ (l. 5 pr. D. ut in po. leg. 36. 4). Zur Reparatur ist der Eingewiesene zwar nicht verpflichtet (l. 15 §. 30 D. h. t.), wohl aber berechtigt, und braucht, wenn er wirklich reparirt hat, den Besitz nicht eher zu verlassen, bis ihm außer dem Versprechen des Ersatzes des künftig eintretenden Schadens auch Ersatz der aufgewendeten Kosten geleistet worden ist (l. 15 §. 31 vgl. l. 34 D. h. t.). — Klage auf Zulassung: l. 1 §. 3 l. 4 pr. D. ne vis fiat ei 43. 4.

[25] L. 4 §. 4—6 l. 15 §. 21. 22 l. 19 pr. D. h. t. (l. 30 D. de nox. act. 9. 4).

[26] S. g. missio ex secundo decreto, vgl. l. 1 §. 15. 16 D. h. t.

[27] Der römische Magistratus konnte aber nicht das Recht selbst, sondern nur gerichtlichen Schutz des dem Rechte entsprechenden factischen Zustandes verleihen; das Recht selbst wurde erst durch die Ersitzung erworben. Daher edicirte der Praetor: „Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire, et cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo“, l. 7 pr. D. h. t., und s. ferner l. 5 pr. l. 12 l. 15 §. 16. 26. 27 l. 18 §. 15 D. h. t., l. 3 §. 23 D. de acq. vel om. po. 41. 2, während in anderen Stellen als Wirkung der zweiten Verfügung geradezu Entstehung des Eigenthumsrechtes bezeichnet wird, s. l. 15 §. 16. 17. 33 D. h. t., l. 7 §. 1 D. de usufr. 7. 1, l. 1 pr. D. de fundo dot. 23. 5; auch l. 26 §. 9 i. f. D. de nox. act. 9. 4. Ist freilich der Gegner selbst nur redlicher Besitzer, so erhält auch der Eingewiesene bloß bonae fidei possessio, vgl. l. 28 D. de nox. act. 9. 4. Hesse a. a. O. S. 158 fg.

5. Das Versprechen kann nicht gefordert werden, wenn ein Anspruch auf Ersatz des eintretenden Schadens schon anderweitig begründet ist[28].

c. Zusätzliches*.

§. 460.

Das im Vorstehenden entwickelte Recht ist zum Theil übertragen worden auf den Schaden, welchen Jemand erleidet nicht durch die fehlerhafte Beschaffenheit eines fremden Grundstückes oder einer darauf befindlichen Anlage, sondern in Folge einer Thätigkeit, durch welche auf das fremde Grundstück eingewirkt wird[1]. Eine solche Thätigkeit kann möglicherweise zu Schadens-

Vangerow a. a. O. S. 577 fg. — Durch die Uebertragung des Eigenthums gehen dingliche Rechte, welche an der Sache zu Gunsten eines Dritten bestehen, nicht unter; aber auch sie werden dem Berechtigten abgesprochen, wenn auch er seinerseits die Caution verweigert L. 44 §. 1 l. 15 §. 24. 25 l. 12 l. 9 §. 4—6 D. h. t., vgl. l. 17 §. 1 l. 26 §. 6 D. de nox. act. 9. 4. Ist die Caution bloß von dem an fremder Sache Berechtigten gefordert, so wird bei Verweigerung derselben auch bloß das Recht an fremder Sache abgesprochen, und auf den Fordernden übertragen. L. 15 §. 26 D. h. t.; vgl. l. 27 D. de nox. act. 9. 4. Andere, so namentlich Elvers Servitutenlehre S. 525, Vangerow S. 580, wollen die Entscheidung der l. 15 §. 26 cit. auf den in derselben behandelten Fall der Emphyteuse beschränken. — Miteigenthum: l. 5 §. 1 D. h. t. Einweisung Mehrerer: l. 5 §. 1 cit., l. 15 §. 17 l. 40 §. 4 D. h. t.

[28] L. 32 D. h. t.: — „et est plane nostrorum praeceptorum haec sententia, ut credamus, inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit". S. ferner l. 13 §. 6 l. 33 D. h. t.; l. 18 §. 2 l. 20 D. h. t.; l. 18 §. 4 D. h. t.; l. 18 §. 9 D. h. t. Hesse Rechtsverh. rc. S. 122 fg., Vangerow Nr. X. Vgl. auch noch Schneider in Sell's Jahrb. I S. 423 fg., Schäffer Arch. f. prakt. RW. II S. 272—294. Seuff. Arch. VII. 185.

* Das in diesem §. Vorgetragene gehört eigentlich seinem systematischen Zusammenhange nach nicht hierher, weil es sich dabei nicht mehr um Beschädigung durch Sachen handelt; es gehört vielmehr eigentlich als Anhang in die Lehre vom Recht der lex Aquilia. Die ihm hier gegebene Stellung empfiehlt sich aber dadurch, daß auch in diesem Falle Schadensersatz nur auf dem Wege vorgängigen Versprechens erlangt werden kann. §. 460.

[1] Auch von einem solchen Schaden kann man nämlich sagen, daß er „vitio operis" eingetreten sei, für welchen Fall das Edict die cautio damni infecti versprochen hatte (§. 458 Note 6). Denn: a) opus bezeichnet nicht bloß

ersatz verpflichten nach dem Rechte des Aquilischen Gesetzes[2]; wo dieses Recht nicht aushilft[3], kann unter Umständen der Beschädigte noch zum Schadensersatz gelangen auf dem Wege eines vorgängig erlangten Schadensersatzversprechens[4]. Die dafür geltenden Regeln sind folgende.

1. Nicht einer jeden Thätigkeit gegenüber, durch welche der Eigenthümer auf seinen Grund und Boden einwirkt, kann das Schadensersatzversprechen begehrt werden; wo hier die Grenze zu ziehen sei, ist eine Frage, welche der Lehre von den Eigenthums-

---

das Resultat der Thätigkeit, sondern auch die Thätigkeit selbst, vgl. l. 5 D. de V. S. 50. 16 und l. 18 D. ratam rem 46. 8, in welcher letzteren Stelle als Formel der cautio damni infecti bezeichnet wird: „si quid ... scindetur, fodietur, aedificabitur"; und b) vitium hat nicht bloß die Bedeutung von fehlerhafter Beschaffenheit, sondern auch die Bedeutung von Schuld (vgl. z. B. l. 95 §. 11 D. de solut. 46. 3), und zwar, in gleicher Weise wie dieß auch bei dem deutschen Ausdruck Schuld der Fall ist, ohne daß dabei immer an eine Zurechnung gedacht würde (vgl. z. B. Cic. Phil. 2 c. 18: fortunae vitio, non suo decoquere, — de har. resp. c. 26: honorem vitio civitatis, non suo non assequi). In gleich abgeblaßtem Sinne wird in l. 40 §. 1 D. h. t. und l. 46 pr. D. de furt. 47. 2 der Ausdruck beneficium gebraucht, so daß auch er nichts bezeichnet, als daß eine Wirkung in einer Person, Sache, Thatsache ihre Ursache habe. Vgl. auch Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXX S. 229, Hesse Rechtsverhältnisse 2c. S. 71—73.

[2] Dann bleibt es natürlich dem Beschädigten unbenommen, sich auf dieses Recht zu berufen; er kann aber auch, wenn er ein Schadensersatzversprechen erlangt hat, dieses geltend machen. L. 27 §. 10 D. ad leg. Aq. 9. 2 (vgl. Coll. XII. 7 §. 8), l. 1 §. 5 D. de ripa munienda 43. 15, l. 18 D. de S. P. U. 8. 2 (vgl. Note 9).

[3] Entweder weil den Handelnden keine Verschuldung trifft (l. 18 §. 4 D. h. t.), oder weil der Schaden nicht an dem Körper einer Sache erlitten worden ist, z. B. die Miether ziehen aus (l. 37 vgl. l. 28. 29 l. 43 §. 1 D. h. t.).

[4] L. 24 §. 12 l. 26 D. h. t., vgl. auch l. 29 D. de S. P. U. 8. 2. Hier ist ein allgemeines Princip anerkannt. S. I §. 169 Nr. 8. Für diese Anwendung der cautio damni infecti sprechen ferner noch folgende Gründe. a) In l. 15 §. 2 sqq. l. 24 pr. D. h. t. vgl. l. 31 eod. heißt es von der cautio damni infecti, welche von demjenigen geleistet worden ist, der auf einem öffentlichen Grundstück ein „opus facit", daß kraft dieser Caution Ersatz alles aus dem opus entstandenen Schadens verlangt werden könne. Dabei wird zwar einerseits ausgegangen von dem Begriff „vitio operis", andererseits aber (vgl. Note 1) so wenig eine fehlerhafte Beschaffenheit des opus verlangt, daß vielmehr dieser letztere Fall in l. 24 pr. cit. als ein besonderer ausdrücklich

beschränkungen angehört[4a]. Unter keinen Umständen braucht der Eigenthümer Ersatz zu versprechen für die Vortheile, welche er durch seine Thätigkeit dem benachbarten Grundstück entzieht[5].

2. Leistet der Eigenthümer das Versprechen nicht, wo er es leisten muß, so erfolgt nicht Einweisung in den Besitz und Aberkennung des Rechtes[6], sondern der Eigenthümer wird in der Fortsetzung seiner Thätigkeit gehindert[7].

3. Der gleiche Nachtheil trifft denjenigen, welcher auf einem öffentlichen Grundstück eine Thätigkeit vornimmt, von welcher ein Anderer Schaden fürchtet[8].

---

hervorgehoben wird. In l. 15 §. 5 cit. heißt es denn auch, daß das „damnum ex opere" ersetzt werden müsse. (Der gleiche Ausdruck in l. 39 pr. D. h. t., nur daß hier statt „damnum" „vitium" gesagt ist, worüber zu vergleichen ist l. 32 D. h. t., l. 1 §. 3 D. ne quid in fl. publ. 43. 13). b) Die cautio damni infecti kann nach dem in §. 456 Note 19 und unten in diesem §. unter Nr. 4 Gesagten auch von demjenigen gefordert werden, welcher auf fremdem Grund und Boden etwas vornehmen will, wozu er an und für sich berechtigt ist. Auch in diesem Falle wird eine fehlerhafte Beschaffenheit des opus nicht verlangt; ja die Arbeiten, um die es sich hier handelt, sind zum Theil von der Art, daß in Betreff ihrer ein vitium operis in dem Sinne von fehlerhafter Beschaffenheit keinen Sinn hat, s. z. B. l. 9 §. 1 D. h. t. (Wegnehmen von aufgetriebenen Sachen), l. 9 §. 1 D. ad exh. 10. 4 (Auflesen von Baumfrüchten), ferner l. 19 §. 4 D. loc. 19. 2, l. 5 D. de aq. pluv. 39. 3. c) Nach l. 35—37 D. h. t. ist derjenige, welcher eine gemeinschaftliche Mauer neu baut, aus der damni infecti cautio dem Miteigenthümer zum Schadensersatz verpflichtet, wenn in Folge des Neubau's dessen Miether ausziehen. Dabei wird nur vorausgesetzt, daß der Neubau unnöthig war, weil sonst der Bauende die Befugniß zu demselben ohne Rücksicht auf seine Folgen hatte; unter dieser Voraussetzung aber ist es der Neubau als solcher, welcher verpflichtet, nicht erst eine fehlerhafte Beschaffenheit desselben.

[4a] S. I §. 169 Note 19.

[5] L. 24 §. 12 l. 26 D. h. t. Hesse Rechtsverhältnisse ꝛc. S. 64—66, Vangerow a. a. O. Nr. VI. 4. Seuff. Arch. XVIII. 12.

[6] Wie die herrschende Meinung annimmt. Die hier vertretene Meinung ist namentlich ausgeführt worden von Bachofen Pfandrecht S. 384 fg., welcher Schriftsteller aber darin zu weit geht, daß er den Ausdruck: damnum vitio operis ausschließlich auf den hier verhandelten Fall bezieht. Vgl. noch Hesse a. a. O. S. 5. 153 unt. 154.

[7] Durch den Richter, wenn der Eigenthümer auf den Einspruch des Gegners nicht hört, — operis novi nuntiatio, interdictum quod vi aut clam. Vgl. amentlich l. 1 §. 16. 17 D. de O. N. N. 39. 1.

[8] Nur daß in diesem Falle die Leistung des Versprechens umgekehrt die

4. Daß auch derjenige ein Schadensersatzversprechen leisten muß, der zu einer Thätigkeit auf fremdem Grund und Boden, zu welcher er an und für sich berechtigt ist, zugelassen werden will, und daß die Leistung des Versprechens die Bedingung seiner Zulassung ist, ist bereits oben bemerkt worden[9]. Bürgschaft braucht in diesem Falle nicht bestellt zu werden[10].

β. Durch bewegliche Sachen.

§. 461.

Für Schaden, welcher Jemandem durch eines Andern bewegliche Sachen zugefügt wird, kann er Ersatz nur insofern begehren, als er die Schaden stiftenden Sachen, wenn sie in seinen Besitz gelangt sind, vor geleistetem Schadensersatz nicht herauszugeben braucht[1].

D. Zwang und Betrug.

§. 462.

Den Betrug stellt das römische Recht lediglich unter die allgemeine Kategorie der Arglist; der Betrug ist die wichtigste Art der Arglist[1]. Es gelten daher für den aus dem Betrug entstehenden Anspruch die in §. 451 angegebenen Grundsätze[2].

Bedingung ist, unter welcher der Handelnde gerichtlichen Schutz für die Fortsetzung seiner Thätigkeit erhält. L. 1 pr. D. de ripa mun. 43. 15 in Verbindung mit l. 7 pr. D. h. t., l. 1 pr. D. de via publ. 43. 11 in Verbindung mit l. 15 §. 6 D. h. t., l. 1 pr. D. de loco publ. fr. 43. 9 in Verbindung mit l. 15 §. 9 D. h. t.

[9] S. §. 456 Note 19. Hierher gehört auch wohl l. 18 D. de S. P. U. 8. 2.

[10] L. 13 §. 1 l. 30 pr. §. 1 D. h. t. Anders ist entschieden bei Seuff. Arch. IV. 11.

§. 461. [1] L. 5 §. 4 D. ad exh. 10. 4, l. 9 §. 3 D. de damno inf. 39. 2, l. 8 D. de incend. 47. 9. Heise u. Cropp Abhandlungen I. 20 (über l. 9 §. 2 D. de damno inf. das. S. 422. 423). Seuff. Arch. III. 59, IV. 53.

§. 462. [1] Vgl. §. 451 Note 2.

[2] Nur Einen Fall des Betruges hebt das römische Recht besonders hervor, den Betrug desjenigen, welcher wissend, daß er nicht Tutor ist, zu einer Rechtshandlung des Mündels seine Auctorität gibt. L. 7 §. 1 D. quod falso

Dagegen gelten für den Zwang[3], vorausgesetzt daß er die I §. 80 Note 6 angegebenen Eigenschaften hat[4], folgende besondere Bestimmungen.[5]

1. Der Zwingende haftet auf vollen Schadensersatz[6] binnen der gewöhnlichen Verjährungsfrist[7]. Wird aber innerhalb eines Jahres (tauglicher Zeit[8]) gegen ihn geklagt, so trifft ihn noch der fernere Nachtheil, daß er, wenn er bis zum Urtheil hartnäckig bleibt, auf das Vierfache verurtheilt wird[9]. Ob die erzwungene

---

tut. 27. 6. Unterholzner II §. 338, Rudorff Recht der Vormundschaft II S. 295—301. Für die Römer hatte diese besondere Hervorhebung die Bedeutung, daß die actio gegen den falsus tutor nicht den in §. 451 Note 10 angegebenen Beschränkungen unterlag. Für uns dagegen ist die Unterscheidung dieses Falles ohne alles Interesse. Denn das Recht des Betruges, wie es für uns gilt, ist nicht enger, sondern weiter, als das Recht dieses besonderen Falles, da die actio de dolo erst in zwei Jahren verjährt (§. 451 Note 5), die actio gegen den falsus tutor dagegen bereits in einem Jahre (l. 9 §. 1 D. tit. cit.).

[3] Dig. 4. 2 quod metus causa gestum erit. Cod. 2. 20 de his quae vi metusve causa gesta sunt. — Schliemann die Lehre vom Zwange S. 15—52. Kramer de leer van den psychischen dwang (Inauguralabhandlung, 1864) S. 199 fg. Glück V S. 468 fg.; Unterholzner II §. 339—341, Sintenis II S. 743—745.

[4] Vgl. zu dem in Note 6 a. a. O. Gesagten noch Seuff. Arch. XX. 219.

[5] Anwendbarkeit der actio doli: l. 14 §. 13 D. h. t., — der condictio ob turpem causam: l. 4 §. 2 l. 7 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5 (§. 423 Note 4).

[6] L. 9 §. 7. 8 l. 10 §. 1 l. 12 pr. l. 12 §. 2 l. 21 §. 2 D. h. t.; l. 4. C. h. t. Er haftet unabhängig von aller Bereicherung: l. 14 §. 5 D. l. 1 C. h. t.

[7] Die actio quod metus causa ist nach classischem Recht actio perpetua, l. 14 §. 1 D. h. t. Allerdings heißt es, daß dieselbe post annum nur dann gegeben werden solle, wenn keine andere actio zu Gebote stehe (l. 14 §. 1. 2 D. l. 4 C. h. t., Schneider subsidiäre Klagen S. 377 fg.); aber es ist nicht abzusehen, wie von diesem Satze noch heutzutage Gebrauch gemacht werden könnte, da auch aus dem Zwang als solchem nicht Mehr verlangt werden kann, als Ersatz des erlittenen Schadens. — Die Erben haften, wie bei allen andern Delictsansprüchen, nach römischem Recht auf die Bereicherung (l. 16 §. 2 l. 17. 19. 20 D. h. t.), nach heutigem auf den Bestand der Erbschaft (§. 359 Note 15. 16).

[8] L. 14 §. 2 D. l. 4 C. h. t.

[9] L. 14 §. 1. 4. 7. 9. 10. 14 D. l. 4 C. h. t. Die heutige Anwendbarkeit dieses Satzes ist freilich sehr bestritten, und jedenfalls ist er nicht mehr in lebendigem Gebrauch. S. §. 359 Note 13. 15.

Handlung eine Rechtshandlung ist, oder eine Handlung thatsächlicher Natur, ist dabei gleichgültig[10].

2. Aus dem Zwange entsteht aber ferner auch ein Anspruch gegen den dritten Unschuldigen, welcher dasjenige in Händen hat, was dem Gezwungenen durch den Zwang entzogen worden ist[11], oder der es arglistigerweise wieder verloren hat[12], — auf Herausgabe des in seinen Händen Befindlichen oder in der angegebenen Weise wieder Verlorenen. Auch dieser Anspruch verjährt in der gewöhnlichen Zeit und steigert sich ebenfalls binnen einen Jahres durch hartnäckige Verweigerung der Restitution auf das Vierfache[13]. Dieser Anspruch setzt aber voraus, daß die erzwungene Handlung eine Rechtshandlung sei[14].

E. Verkürzung der Gläubiger*.

§. 463.

Wenn ein Schuldner in der Absicht, seine Gläubiger zu verkürzen, eine Vermögensverminderung vornimmt, so haftet nicht bloß er selbst den Gläubigern, sondern unter gewissen Bedingungen auch derjenige, zu Gunsten dessen er die Vermögensverminderung vorgenommen hat[1]. Von praktischer Bedeutung ist natürlich allein

[10] Dieß wird gewöhnlich nicht beachtet. Aber s. l. 9 §. 2 D. h. t. („vel aedificii depositionem"). Schliemann S. 38—40, Kramer p. 56. 105 sqq.

[11] L. 9 §. 1. 8 l. 10 pr. l. 11 l. 14 §. 3. 5 D. h. t.; vgl. l. 3 C. h. t.

[12] L. 14 §. 5 l. 18 D. h. t.

[13] L. 14 §. 3 D. h. t. S. Note 9.

[14] Schliemann S. 40 Note 15.

§. 463. * Dig. 42. 8 quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur. Cod. 7. 75 de revocandis his quae in fraudem creditorum alienata sunt. — Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 375—477 (1801). v. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI S. 131—137 (1833). Francke Arch. f. civ. Pr. XVI. 5. 10 (1833). Laspeyres das. XXI. 2 (1838). Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIV. 1 (1857). Unterholzner II S. 92—100. 141, Sintenis II S. 734—738.

[1] Das Praetorische Edict, die Quelle der hierher gehörigen Bestimmungen, stellte den Gläubigern für den bezeichneten Fall sowohl eine actio zur Verfügung (l. 1 pr. D. h. t.), als ein interdictum (l. 10 pr. D. h. t.). Die actio wird in l. 38 §. 4 D. de usur. 22. 1 Pauliana actio genannt; das interdictum kommt sonst unter dem Namen fraudatorium interdictum vor

das Letztere, da der Schuldner selbst den Gläubigern ohnehin verpflichtet ist[1a].

1. Vermögensverminderung. Wie dieselbe geschieht, ist gleichgültig. Ein Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der der Veräußerung im engeren Sinn, d. h. der Fall der Rechtsübertra-

---

(l. 67 §. 1 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 96 pr. D. de solut. 46. 3, l. 1 C. Th. de integri rest. 2. 26). Am Schlusse der zweiten Edictsstelle (l. 10 pr. cit.) wird aber noch eine actio in factum gegen den unschuldigen Erwerber versprochen, und in der Interpretation dieser Edictsstelle wird eine actio in factum auch gegen den der Arglist theilhaftigen Erwerber als das zutreffende Rechtsmittel behandelt. Das Verhältniß dieser verschiedenen Rechtsmittel zu einander ist nicht klar. Was zuerst die actio Pauliana und die actio in factum angeht, so nimmt man gewöhnlich an, beide Klagen (oder doch die actio Pauliana und die actio in factum gegen den arglistigen Erwerber) seien identisch. Dagegen hat Huschke a. a. O. auszuführen gesucht, daß die actio in factum der actio Pauliana gegenüber nicht bloß äußerlich selbständig gewesen sei (in der zweiten Edictsstelle sei sie auch gegen den arglistigen Erwerber versprochen gewesen, dieser Theil des Edicts aber von den Compilatoren weggelassen worden), sondern auch materiell von ihr verschieden. Ich halte die Huschke'sche Beweisführung vielfach für nicht überzeugend (s. unten Note 6. 15. 17. 21. 26); doch kommt hierauf praktisch nichts an. Denn jedenfalls für das heutige Recht ist der Unterschied beider Klagen, wenn er auch für das römische bestanden haben sollte, gleichgültig; der Kläger kann heutzutage verlangen, was dem Römer die eine und die andere actio gewährte. Was sodann das Interdict betrifft, so nimmt Huschke an, dasselbe sei eingeführt worden, um den Gläubigern eine schleunigere Rechtshülfe zu gewähren, jedoch nur zum Zwecke der Zurückziehung der entzogenen Sachen zum Concursvermögen, um mit diesem verkauft zu werden; und auch noch in andern Punkten habe sich das Interdict von der actio Pauliana und der actio in factum materiell unterschieden. Mir scheinen auch diese Aufstellungen Huschke's äußerst bedenklich (vgl. Note 1a. 6). In der Praxis wird allerdings wohl mit Anknüpfung an das Interdict zu dem bezeichneten Zwecke ein schleuniges Rechtsmittel gewährt, aber nur als provisorisches, und im Uebrigen mit dem Recht der Pauliana. Huschke S. 129 (s. aber auch Petzoldt Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. f. das KR. Sachsen N. F. XIX S. 485 Note 51). Vgl. Brinz §. 123, Keller §. 370, Arndts §. 228 Anm. 1, Voigt condictiones ob causam S. 784—788. — Ueber die in integrum restitutio wegen alienatio in fraudem creditorum s. I §. 116 Note 2. Huschke a. a. O. S. 49 fg. bezieht die Quellenstelle, auf welche es hier ankommt (§. 6 I. de act. 4. 6) auf die Pauliana actio; ebenso Voigt a. a. O. Vgl. Note 15, und s. auch Schröter a. a. O. S. 138.

[1a] Deßwegen ist von diesem Fall in den Quellen kaum die Rede. S. l. 1 pr. i. f. l. 10 §. 24 l. 12 l. 25 §. 7 D. h. t. (Die von Huschke S.

gung[2]; aber ebenso gehört hierher der Fall der bloßen Aufgabe eines Rechtes, mag dieselbe direct[3] oder indirect[4] geschehen, so wie der Fall der Begründung einer dinglichen oder obligatorischen Last[5]. Auch auf rein factischem Wege, durch Vernichten oder Verderben von Sachen, kann eine Vermögensverminderung herbeigeführt werden; doch ist dabei die Verhaftung eines Dritten natürlich ausgeschlossen[6]. Dagegen gibt bloße Abweisung eines Erwerbes den Gläubigern einen Anspruch nicht[7], und nur zu

101 aufgestellte Behauptung, daß das Interdict nicht gegen den Fraudator selbst gewährt worden sei, gründet sich bloß auf die von diesem Schriftsteller dem Interdicte beigelegte specifische Function [Note 1]). Vgl. übrigens auch Gimmerthal Arch. f. prakt. RW. N. F. III S. 225 fg.

[2] Vgl. I §. 69 zu Note 9. L. 1 §. 2 D. l. 1 C. h. t.; l. 3 pr. l. 9 D. l. 2. 3. 5 C. h. t., l. 43 §. 7 D. de aed. ed. 21. 1, l. 8 §. 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Bestellung eines das Eigenthumsrecht beschränkenden Rechtes: l. 10 §. 13 l. 22 D. h. t.

[3] Aufgeben eines Pfandrechtes, l. 2 l. 18 D. h. t., — eines Nießbrauches, l. 10 §. 15 D. h. t., — eines Forderungsrechtes, l. 1 §. 2 l. 3 pr. l. 17 pr. D. h. t., l 9 §. 5 D. de iurei. 12. 2.

[4] Nichtunterbrechen einer Verjährung, l. 3 §. 1 l. 4 D. h. t.; absichtliche Herbeiführung des Verlustes eines Processes, l. 3 §. 1 D. h. t.; Dereliction einer Sache, damit ein anderer sie occupire, l. 5 D. h. t.

[5] L. 2 §. 1 l. 3 pr. l. 6 §. 6 l. 10 §. 13 l. 22 D. h. t. — Im Fall der Begründung einer Obligation ist jedoch der einfachere Weg der Rechtshülfe der der Zurückweisung der Forderung aus dem Concurse (exceptio, denegatio actionis). L. 25 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 9 §. 5 D. de iurei. 12. 2. Vgl. Huschke S. 26—29, Voigt Note 752. 753.

[6] L. 25 §. 7 D. h. t. — Das Praetorische Edict spricht bei der Aufstellung der actio von einem *gerere* fraudationis causa, bei der Aufstellung des Interdicts von einem *facere* fraudandi causa. Nach der Meinung Huschke's (S. 81 fg.) ist dieser letztere Ausdruck mit Absicht gewählt, um dadurch auch den Fall der bloß factischen Vermögensverminderung (l. 25 §. 7 cit.), so wie den Fall der indirecten Vermögenszuwendung zu treffen (l. 5 D. h. t.). Das mag sein; obgleich doch Ulpian bei der Erläuterung der die actio gewährenden Edictsstelle das gerere ganz unbedenklich mit facere wiedergibt (l. 1 §. 2 l. 3 §. 1. 2 l. 6 §. 8 D. h. t.). Vgl. noch l. 28 D. de V. S. 50. 16. Wenn aber Huschke hierauf, unter Herbeiziehung der Erzählung bei Cic. de orat. II. 69 §. 280, eine Vermuthung über den Urheber des Interdicts baut (S. 1—25. 121), so scheint mir das eine fast mehr als kühne Combination zu sein.

[7] L. 6 pr. — §. 5 D. h. t., l. 67 §. 1 D. ad SC. Treb. 36. 1. Vgl. Holzschuher III §. 232 Nr. 8.

Gunsten des Fiscus wird in dieser Beziehung eine Ausnahme gemacht[8].

2. Vermögensverminderung in der Absicht, die Gläubiger zu verkürzen[9]. Diese Absicht ist anzunehmen, sobald der Schuldner, welcher die Vermögensverminderung vornimmt, weiß, daß er zahlungsunfähig ist, oder daß er sich durch die Vermögensverminderung zahlungsunfähig macht[10].

3. Die Verkürzungsabsicht muß wirklich erreicht worden sein[10a], und zwar denselben Gläubigern gegenüber, auf welche sie gerichtet war[11], und an demselben Vermögen, an welchem die Verminderung vorgenommen worden ist[12].

4. Ein Anspruch gegen den Dritten, zu Gunsten dessen die Vermögensverminderung vorgenommen worden ist, ist begründet:

a) wenn der Dritte die betrügerische Absicht der Vermögensverminderung gekannt hat[13]. In diesem Falle haftet er auf vollen Ersatz des den Gläubigern Entzogenen[14], ohne Rücksicht darauf, ob er es noch hat[15], ja ohne Rücksicht darauf, ob er es

---

[8] L. 45 pr. D. de I. F. 49. 14.

[9] L. 1 pr. D. h. t. „fraudationis causa", l. 10 pr. D. h. t. „fraudandi causa". Vgl. l. 79 D. de R. I. 50. 17.

[10] L. 17 §. 1 D. h. t. Vgl. noch l. 10 §. 11 D. eod., l. 8 D. de tut. 26. 1. Seuff. Arch. III. 249, V. 95, VII. 268, IX. 356 Nr. 3, XII. 227. A. M. das OAG. zu Rostock bei Buchka u. Budde Entscheidungen V S. 284 fg.

[10a] Seuff. Arch. I. 393, III. 247. 248, V. 95, XII. 113, XIII. 307.

[11] L. 10 §. 1 l. 15. 16 D. h. t. L. 15 D. cit.: — „utrumque in eorundem personam exigimus, consilium et eventum".

[12] L. 10 §. 9 D. h. t. Vgl. l. 10 §. 10. 11 eod.

[13] L. 1 pr. D. h. t.: „cum eo qui fraudem non ignoraverit"; l. 10 pr. D. h. t.: „sciente te". L. 5 C. h. t. Näheres: l. 6 §. 8 l. 10 §. 2. 3. 5. 7. 8 l. 25 §. 3 D. h. t.

[14] L. 38 §. 4 D. de usur. 22. 1: — „nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset". L. 10 §. 22 D. h. t.: — „generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset". L. 10 §. 15. 23 l. 14 pr. l. 17 pr. l. 18 D. h. t.

[15] Der Grund seiner Verhaftung ist nicht sein Haben, sondern sein Delict. Vgl. l. 9 pr. D. h. t.: — „quia dolus ei duntaxat nocere debeat, qui eum admisit". S. noch l. 25 §. 1 D. h. t.: der Empfänger hat mit der Auflage der Herausgabe an einen Dritten erhalten, und dieser Auflage

jemals gehabt hat[16]. Mit dem Empfangenen muß er allen Gewinn herausgeben, welchen er davon gezogen hat[17], oder welchen der Schuldner davon hätte ziehen können[18]. Für Gegenleistungen, welche er für den Erwerb gemacht hat, kann er seinerseits Ersatz

---

genügt; er haftet nichtsdestoweniger. Wenn es in l. 9 D. h. t. heißt, daß der Empfänger, wenn er das Erhaltene verkauft habe, das Kaufgeld herausgeben müsse, so ist damit nicht gesagt, daß er bloß das Kaufgeld herausgeben müsse, falls damit das Interesse der Gläubiger nicht vollständig gedeckt sei. So wird auch in l. 14 D. h. t. dem Empfänger die Verpflichtung auferlegt, den Anspruch, welchen er gegen einen Dritten in Betreff des Erhaltenen habe, herauszugeben, obgleich er unzweifelhaft nicht minder auf das Erhaltene selbst haftet. — Huschke (S. 49 fg. 100—103) behauptet, daß bloß das Interdict und die actio in factum unabhängig vom Besitze des Beklagten seien, nicht dagegen die actio Pauliana. Die actio Pauliana sei nämlich actio rescissoria *in rem*, und nicht bloß, wenn damit ein dingliches Recht zurückgefordert werde (auf welchen Fall Huschke §. 6 I. de act. 4. 6 bezieht, vgl. Note 1 a. E.), sondern auch in allen andern Fällen; denn sie mache immer das Recht der Gläubiger am Vermögen geltend, und sei daher zu vergleichen mit der hereditatis petitio. Gegen diese Auffassung (mit welcher im Wesentlichen übereinstimmt Brinz §. 123) spricht das ausdrückliche Zeugniß der l. 38 §. 4 in Verbindung mit dem pr. D. de usur. 22. 1, welche Stelle Huschke (S. 51. 52) sehr kurzweg beseitigt; für dieselbe, so viel ich sehe, nur die Paraphrase des Theophilus zu der gedachten Institutionenstelle, und auch diese nur was den speciellen daselbst erwähnten Fall angeht. Voigt a. a. O. (Note 1), welcher ebenfalls die actio Pauliana für eine rescissorische Klage erklärt, freilich für in rem nur bei Veräußerung eines dinglichen Rechtes, läßt den Nichtbesitzer als fictus possessor haften, wozu doch l. 9 D. h. t., welche Voigt hierher bezieht, sehr schlecht paßt. In Betreff von l. 38 D. de usur. cit. ist Voigt nicht überzeugender (Note 754), als Huschke.

[16] L. 25 §. 3 D. h. t. Unterholzner S. 95, Huschke S. 103. A. M. Sintenis Anm. 30.

[17] L. 10 §. 19—21 D. h. t., l. 38 §. 4 D. de usur. 22. 1. Nach l. 25 §. 4—6 D. h. t. sollen aber bloß die bereits zur Zeit der Veräußerung vorhandenen Früchte herausgegeben werden müssen, ja es scheint, daß die betreffende Edictsstelle in dieser Beziehung eine ausdrückliche Bestimmung enthalten habe (l. 25 §. 6 cit. „Fructus autem fundo cohaesisse, non satis intelligere se Labeo ait, utrum duntaxat qui maturi, an etiam, qui immaturi fuerint, praetor significet"). Wie es sich hiermit verhalte, bleibt dunkel. Die Annahme, daß in der zuletzt genannten Stelle nur von der Klage gegen den redlichen Erwerber die Rede sei (Unterholzner S. 98 fg.), scheint mir eben so wenig gerechtfertigt, als die von Huschke (S. 105 fg.), daß die Beschränkung auf die fructus cohaerentes eine Eigenthümlichkeit der actio in factum gegenüber dem Interdict der actio Pauliana gewesen sei,

nur dann verlangen, wenn sie noch vorhanden sind[19]; Ersatz für Verwendungen kann er nur dann verlangen, wenn dieselben nothwendig waren[20]. — Jedoch haftet der Erwerber in dieser Strenge nicht mehr, wenn ein Jahr (tauglicher Zeit) seit dem Verkauf des Vermögens des Schuldners verflossen ist[21], nach dieser Zeit nur auf die jetzt noch vorhandene Bereicherung[22]. Seine Erben haften nach der für Delictsansprüche überhaupt geltenden Regel[23].

b) Hat der Erwerber die betrügerische Absicht der Vermögensverminderung nicht gekannt, so haftet er von vorn herein nur auf die jetzt noch vorhandene Bereicherung[24].

---

indem nämlich auch in l. 10 §. 19—21 D. h. t. unter fructus nur fructus cohaerentes zu verstehen seien! (Vgl. hiergegen namentlich auch §. 22 das.: generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum" in Verbindung mit l. 38 §. 4 D. de usur. 22. 1 „praetor it agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset", und mit dem weitern Inhalt des §. 22). S. auch Schmidt Interdictenverf. S. 42. 43.

[18] L. 10 §. 20. 22 D. h. t. A. M. Huschke S. 70. 105 fg.

[19] L. 7. 8 D. h. t.

[20] L. 10 §. 20 D. h. t.

[21] L. 10 §. 10 D. h. t. „Annus huius in factum actionis computabitur ex die venditionis bonorum". In l. 6 §. 14 D. h. t. heißt es einfach: „ex die factae venditionis". Huschke S. 64 fg. versteht das Letztere von der fraudulösen Veräußerung, und begründet hierauf einen weiteren Unterschied zwischen der actio in factum und der actio Pauliana. Dawider spricht, daß der genannte §. 14 am Ende einer Ausführung steht, welche durchweg von Rechtsgeschäften überhaupt handelt, und dafür gewiß nicht, was Huschke geltend macht, daß die actio Pauliana in erster Linie dem curator bonorum, der doch mit dem Güterverkaufe aufhöre, versprochen sei; war ja, wie auch Huschke annimmt, die actio Pauliana nicht minder den Gläubigern selbst zugänglich. — Daß das Jahr utiliter berechnet werde: l. 1 pr. l. 6 §. 14 D. h. t. Seuff. Arch. XVIII. 288, XIX. 290. 291.

[22] L. 10 §. 24 D. h. t.

[23] Römisches Recht: l. 10 §. 25 l. 11 D. h. t. Heutiges Recht: §. 359 Nr. 2. — Häufig wird angenommen (Sintenis Anm. 34, Brinz S. 531, Arndts §. 228 Anm. 4), auch der Sondernachfolger hafte, wenn er in bösem Glauben erworben habe. Mir erscheint der Schluß a contrario aus l. 9 D. h. t., auf welchen dieser Satz gestützt wird, zu wenig zwingend. Dawider auch Huschke S. 58.

[24] L. 10 pr. D. h. t.: — „interdum causa cognita, etsi scientia non sit, in factum actionem permittam". L. 5 C. h. t.: — „contra . . . eum,

5. Der Anspruch kann nach Eröffnung des Concurses nur von der Gesammtheit der Gläubiger bez. deren Vertreter geltend gemacht werden[25], vorher und nachher von jedem einzelnen Gläubiger[26]. Wird die Vermögensverminderung selbst erst nach Eröffnung des Concurses vorgenommen, so ist sie nach heutigem

---

qui ex lucrativo titulo possidet, scientiae mentione detracta". Schenkung: l. 6 §. 11 D. l. 3 C. h. t.; Vermächtniß: l. 6 §. 13 D. h. t.; Bestellung einer Dos, in welcher aber bloß eine Schenkung an die Frau liegt, nicht an den Mann: l. 10 §. 14 l. 25 §. 1. 2 D. h. t. Erwerb durch einen Andern: l. 6 §. 12 l. 10 §. 5 l. 25 pr. D. h. t. Haftung auf die Bereicherung: l. 6 §. 10—12 l. 10 §. 5 D. h. t. — Seuff. Arch. XI. 106, XVI. 273.

[25] Der Fall, daß der Anspruch nach Eröffnung des Concurses von dem curator bonorum geltend gemacht wird, erscheint als der Normalfall. L. 1 pr. D. h. t. „Quae fraudationis causa gesta erunt, . . . de his curatori bonorum . . . actionem dabo". Vgl. Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern N. F. X S. 129 fg. (gegen Seuff. Arch. XIX. 96).

[26] Der Prätor fährt fort (l. 1 pr. cit.): „vel ei cui de ea re actionem dari oportebit". In dem zweiten Edict (l. 10 pr. D. h. t.) verweist der Prätor auf dieses erste. Ein einzelner Gläubiger als Kläger erscheint in l. 10 §. 6 D. l. 1 C. h. t., l. 96 pr. D. de sol. 46. 3, l. 1 C. Th. de integri rest. 2. 16. — Es ist jedoch nicht unbestritten, daß der Anspruch auch vor Eröffnung des Concurses erhoben werden könne, und namentlich Huschke (S. 39 fg. 94 fg., s. außerdem Schweppe System des Concurses §. 33, Laspeyres a. a. O. S. 40) hat die Behauptung aufgestellt, daß der Anspruch nur einem immittirten Gläubiger zustehe. Huschke gründet diese Behauptung, abgesehen von Schlüssen aus der Natur der actio Pauliana und des interdictum fraudatorium, wie er diese Natur construirt (Note 1. 15): a) auf §. 6 I. de act. 4. 6, s. darüber I §. 116 Note 2 und oben Note 1 und 15; b) auf l. 10 §. 1. 9. 10. 18 l. 25 §. 7 D. l. 5 C. h. t., aus welchen Stellen hervorgehe, daß die actio in factum von den immittirten Gläubigern sogar erst nach dem Güterverkauf habe erhoben werden können. Das Letztere könnte richtig sein, ohne daß deßwegen die Regel für das heutige Recht anders gestellt werden müßte, als geschehen ist (Note 1); aber auch in jener Beziehung darf gefragt werden, ob die erwähnten Stellen in der That die actio in factum auf die Zeit nach dem Güterverkaufe habe beschränken wollen. Für die gleiche Meinung ist neuerdings auch Fitting Arch. f. civ. Pr. XLIX. 13 (1866) aufgetreten, jedoch ohne neue Gründe vorzubringen. S. andererseits Günther in Weiske's RLex. II. S. 785 fg. Vgl. auch Gmelin die Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger S. 40—42, Kori System des Concursproz. §. 41. Seuff. Arch. II. 115, III. 247. 251, IX. 356 Nr. 2, XI. 321, XV. 6. 180, XVI. 171; anders III. 251, XIII. 202, XVIII 86.

Recht nichtig[27], ohne daß jedoch dadurch der persönliche Anspruch der Gläubiger ausgeschlossen wäre[28].

6. Zahlungen an einen Gläubiger unterliegen, vorausgesetzt daß sie nicht nach Eröffnung des Concurses erfolgt sind[29], der Rückforderung nicht[30], selbst dann nicht, wenn der Schuldner sie in der Absicht gemacht hat, dadurch dem Empfänger auf Kosten der übrigen Gläubiger einen Vortheil zu verschaffen, und der Empfänger diese Absicht gekannt hat[31]. Anders, wenn der Schuldner nicht zahlt, sondern ein Pfand bestellt[32], anders auch, wenn er etwas Anderes an Zahlungsstatt gibt[33]. Daß die getilgte Schuld eine bloß natürliche war, begründet ein Rückforderungsrecht nicht[34]; ebenso wenig, daß sie noch nicht fällig

---

27 S. §. 272 Note 8; auch Francke a. a. O. S. 229 fg.

28 Derselbe kann den Gläubigern von Wichtigkeit sein, wenn der Erwerber nicht mehr besitzt; ebenso in Betreff der nicht gezogenen Früchte.

29 L. 6 §. 7 l. 10 §. 16 D. h. t.

30 Von dieser Frage speciell handeln die bei * angeführten Aufsätze von Francke und Laspeyres; s. ferner Vangerow III §. 697 Anm.

31 L. 6 §. 7 und namentlich l. 24 i. f. D. h. t., s. auch l. 129 pr. D. de R. I. 50. 17 (l. 6 §. 6 D. h. t. handelt wohl nicht von Zahlung, sondern von Zahlungsempfang, Laspeyres S. 58 fg., Vangerow S. 649, Huschke S. 31 Anm. 1). Anders früher die herrschende Meinung (Francke S. 134. 135), welche in neuerer Zeit, wenigstens dem Grundgedanken nach, wieder von Laspeyres in Schutz genommen worden ist (s. g. Gratificationstheorie); dawider Francke a. a. O., Vangerow a. a. O., Huschke S. 32—34, Sintenis a. a. O. Anm. 26, Arndts §. 228 Anm. 3. Jene hier verworfene Meinung wird hauptsächlich auf l. 6 §. 1. 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5 und l. 24 D. h. t. im ersten Theil, ferner auf l. 96 pr. D. de solut. 46. 3 gestützt, welche Stellen aber von anderen Fällen handeln (die ersten: es hat ein Erbe gezahlt, welcher später von dem beneficium abstinendi Gebrauch macht; die letztere: es hat der Schuldner den einen Gläubiger mit dem Geld des andern bezahlt). Für jene Meinung aus Seuff. Arch. nur IV. 276; dawider II. 352, IV. 272, VI. 305, IX. 356 Nr. 4, XII. 228.

32 L. 2 l. 6 §. 6 l. 10 §. 13 l. 22 D. h. t. Francke S. 259—262, Dernburg Pfandr. I S. 197—200, Scheurl krit. VJSchr. II S. 444 Seuff. Arch. I. 392, II. 116. 352, III. 249, IV. 274, VI. 124, XX. 98.

33 Hierfür gibt es ein ausdrückliches Zeugniß nicht; aber es folgt unmittelbar aus dem für die Verpfändung Anerkannten. Francke S. 262—266, Laspeyres S. 71—74, Vangerow S. 655, Römer Leistung an Erfüllungsstatt S. 149 fg. Seuff. Arch. III. 250, IX. 356 Nr. 4, XII. 228, XVIII. 202; anders IV. 276, VI. 305; vgl auch VI. 125.

34 L. 19. 20 D. h. t. Vangerow S. 654, Brinz S. 531. A. M.

war, doch muß in diesem letzteren Fall der durch die verfrühte Zahlung erlangte Vortheil herausgegeben werden[35]. Ein unbedingtes Rückforderungsrecht Zahlungen gegenüber hat der Fiscus[36].

F. Widerrechtliche Störung factischer Zustände.

1. Störung des Besitzes.

§. 464.

Die Verpflichtungen, welche sich aus der widerrechtlichen Störung[1] des Sachbesitzes ergeben, sind schon oben im Zusammenhang der Lehre vom Besitz dargestellt worden; ebenso die Verpflichtungen aus der Störung des Besitzes an dinglichen Rechten[2]. Hier ist hinzuzufügen, daß auch die Störung des Besitzes anderer Rechte[3] Verpflichtungen erzeugt. Die Frage, an welchen anderen Rechten, außer den dinglichen, Besitz rechtlich anerkannt sei, ist dahin zu beantworten, daß der Besitz principiell bei keinem Rechte ausgeschlossen ist, welches eine dauernde Ausübung zuläßt[4], daß aber die gegenwärtig in Deutschland herr-

---

Francke S. 269, Huschke S. 32. — Nichtgeltendmachung des beneficium competentiae zu Gunsten der Gläubiger gegenüber einem Schenkungsversprechen ist als Grund der actio Pauliana anerkannt in dem Erk. des OAG. zu Lübeck bei Kierulff Sammlung I S. 109 (97).

[35] L. 10 §. 12 l. 17 §. 2 D. h. t. Nach einer anderen Meinung (Francke S. 266 fg., Laspeyres S. 75 fg., Petzoldt Zeitschr. f. RPfl. u. Verwalt. f. d. Königr. Sachsen N. F. XIX S. 481—504, Seuff. Arch. IV. 275) soll, wenn die Schuld erst nach Eröffnung des Concurses fällig wird, allerdings das Gezahlte zurückgefordert werden können; s. dagegen Vangerow S. 633, Sintenis Anm. 26 Nr. 5.

[36] L. 18 §. 10 l. 21 D. de I. F. 49. 14. Vgl. Holzschuher III S. 1161. Seuff. Arch. XVIII. 27.

§. 464. [1] Der Ausdruck „Störung" wird hier im weiteren Sinne genommen, so daß er die Entziehung des Besitzes mit umfaßt.

[2] S. I §. 159—162. 164.

[3] Auf das Unpassende des, allerdings bequemen, Ausdrucks „Besitz eines Rechtes" ist bereits oben (I §. 163) aufmerksam gemacht worden. Was man Besitz eines Rechtes nennt, ist thatsächliche Geltendmachung eines Willensinhaltes, dessen rechtliche Anerkennung ein bestimmtes Recht ausmachen würde.

[4] Daher auch bei Obligationen nicht, wenn dieselben eine dauernde Aus-

schende Doctrin und Praxis Besitzesschutz in diesem Umfange zu gewähren nicht geneigt ist, und denselben namentlich bei obligatorischen Rechten, welche nicht auf Grund und Boden radicirt sind,

---

übung zulassen. Nach einer andern sehr verbreiteten Meinung soll der Besitz bei Obligationen begriffsmäßig ausgeschlossen sein, s. namentlich Savigny Besitz S. 508 der 7. Aufl., Puchta Vorl. zu §. 137, Arndts §. 218, Unger I S. 547 Note 25, Sintenis I §. 43 Note 19. Dawider namentlich Bruns Besitz S. 480 fg., Randa der Besitz nach österr. R. S. 253 fg. In der That kann die Frage nur die sein, ob es Obligationen gibt, welche eine dauernde Ausübung zulassen; daß, wenn es solche gibt, an ihnen auch Besitz denkbar ist, sollte nicht bezweifelt werden; weder der Begriff des Besitzes, noch der der Obligation, legt irgendwelche Schwierigkeit in den Weg. Von der bezeichneten Art sind aber zuvörderst alle Obligationen auf ein Unterlassen; ferner die Reallasten (und diese sind als möglicher Besitzgegenstand in Theorie und Praxis allgemein anerkannt [Note 5], freilich von Vielen nur auf Grund der Annahme, daß sie dingliche Rechte seien [s. §. 291 Note 6, auch Randa a. a. O. S. 254 Note 37]), Rentenforderungen, Zinsforderungen, Forderungen aus dem Miethverhältnisse ꝛc. Bruns a. a. O. ist der Meinung, daß Einheit der Obligation mit dauernder Ausübung (im Gegensatz des Falles, wo jedem Ausübungsact eine besondere Obligation entspricht) nur da angenommen werden dürfe, wo die Obligation „an dauernde personenrechtliche Verhältnisse geknüpft, oder dauernd auf Sachen, namentlich Immobilien, radicirt" sei. Bruns hat die Berechtigung dieser Beschränkung nicht nachgewiesen, und ich sehe für dieselbe keinen Grund. Bruns leugnet den Besitz namentlich bei Capital- und Miethzinsen (bei den ersteren auch Randa S. 265. 266): hier bilde „jede Leistung eine selbständige Obligation", es liege nicht „die fortdauernde Ausübung einer Obligation, sondern nur ... die sich stets erneuernde Ausübung einer sich stets erneuernden Obligation" vor. Aber wenn gefragt wird, worauf die Einheit einer Obligation beruht, so wird nimmermehr eine andere Antwort gegeben werden können, als: auf der Einheit des Entstehungsgrundes, und es wird im gegebenen Fall nur zuzusehen sein, ob auch wirklich, und nicht bloß scheinbar, Einheit des Entstehungsgrundes vorliegt. Wer sich versprechen läßt: das Grundstück A und das Grundstück B, läßt sich zweimal versprechen, und nur in der Abkürzung der Rede erscheint der doppelte Act als Einer; der Vermächtnißnehmer, welcher sich die Auszahlung der ihm hinterlassenen Vermächtnisse versprechen läßt, läßt sich nur einmal versprechen, denn er faßt die mehreren Vermächtnisse als Einheit zusammen. So wörtlich l. 29 pr. D. de V. O. 45. 1. Die Anwendung hievon auf Zinsen und Miethgeld braucht nicht erst nachgewiesen zu werden. Ueberdieß ausdrücklich: l. 58 pr. de fidei. 46. 1 („Si a colono stipulatus fideiussorem accepi, *una stipulatio est plurium pensionum*"), l. 75 §. 9 D. de V. O. 45. 1 („Qui sortem stipulatur et usuras quascunque, certum et incertum stipulatus videtur, et tot sunt stipulationes,

entweder ganz ausschließt, oder doch bedeutend beschränkt[5]. Die Grundsätze, nach welchen der Besitzesschutz, wo er wirklich eintritt, gewährt wird, sind die für den Besitzesschutz überhaupt gelten-

---

quot res" —). Vgl. §. 252 Note 9. — Ueber Besitz an „Personenrechten" s. Bruns S. 483 fg. 495 fg.

[5] Das römische Recht ist mit dem Besitzesschutz nicht über den Kreis der dinglichen Rechte hinausgegangen (I §. 163). Das canonische Recht dagegen nimmt Besitz und Besitzesschutz an: bei kirchlichen und weltlichen Hoheitsrechten, bei kirchlichen Aemtern und Würden, bei Beneficien und Pfründen, beim Patronate und dem Besetzungsrechte der Aemter, bei Ehrenrechten, bei Regalien, bei Reallasten, namentlich Zehnten, bei dem ehelichen Verhältniß. S. die Nachweisungen bei Bruns S. 186 fg. Dabei tritt nirgends hervor, daß der Besitz gerade nur dieser Rechte zu schützen sei; sie werden nicht ausschließlich, sondern in Anwendung eines Principes genannt. Auf demselben Standpunkt steht die an das canonische Recht sich anlehnende Doctrin und Praxis des kirchlichen und weltlichen Rechtes bis zum Schluß des Mittelalters. Bruns §. 29. 34. Nur bei nicht dinglich radicirten Obligationen war keine Einigkeit der Meinungen vorhanden, indem hier eine Partei die Möglichkeit des Besitzes ganz leugnete (unter Berufung darauf, daß c. 24 X de elect. 1. 6 nur von Grundzinsen rede, was ohne Zweifel auch richtig ist, Bruns S. 190), eine andere Partei wenigstens einen besitzähnlichen, wie Besitz zu schützenden status percipiendi annahm. Bruns S. 242. 277. Diese Theorie ist denn auch in Deutschland recipirt worden. Im 16. 17. und 18. Jahrh. hat man in Deutschland Besitz anerkannt: bei Familienrechten (Ehe, väterlicher Gewalt), Zustandsrechten (Adel, Bürgerrecht, persönlicher Freiheit, Verwandtschaft), Aemtern, Ehren-, Rang-, Zunftrechten, bei allen Arten von Grundlasten, bei Bannrechten, Zöllen, Hoheitsrechten, — während der Streit über die Möglichkeit des Besitzes an (rein persönlichen) Obligationen fortdauerte. Bruns S. 383. 384. 407. 408. Auch in Reichsgesetzen hat diese Auffassung Ausdruck gefunden, Sanct. pragm. 1493 tit. X, R. A. 1548 §. 56. 59. 63, Landfriede 1548 §. 1, I. P. O. art. V §. 46. Im 19. Jahrh. dagegen hat die Ansicht Savigny's (Besitz §. 49), welcher Besitz nur an solchen Rechten anerkennt, die „mit dem Besitz und Genuß des Bodens verbunden" sind (im Einzelnen nennt er kirchliche und weltliche Hoheitsrechte und Grundlasten, und schließt namentlich „Rechte des persönlichen Zustandes und Obligationen" aus), in der Theorie überwiegenden Eingang gefunden, und nur Einzelne gehen über Savigny hinaus. S. die Citate bei Bruns S. 421, Randa S. 252 Note 34. Ueber und gegen die Ansicht Dunker's Zeitschr. f. deutsch. R. II S. 28 fg.), daß Besitz nur bei solchen Rechten anzuerkennen sei, bei welchen im älteren deutschen Recht eine Gewere stattgefunden habe, s. Bruns S. 421 und an den das. Note 5 citirten Stellen, Randa S. 248—250. Im Allgemeinen vgl. über das bisher Gesagte noch Randa §. 24. Die gegenwärtige Praxis ist hier, wie überall, schwer zu constatiren; nur das

den[6], nur daß körperliche Störung des Besitzes nicht erforderlich ist[7].[8]

---

steht fest, daß der Besitz an Grundlasten allgemein anerkannt wird. Seuff. Arch. V. 173, VII. 42. 43, VIII. 14, XII. 241, XIV. 8, XV. 149, XVI. 5. 174. 175, XVII. 46; s. auch I. 183. 317. Die Zulässigkeit des Besitzesschutzes an reinen (nicht dinglich radicirten) Obligationen leugnen die Urtheile bei Seuff. Arch. I. 183 und 223 (OT. zu Stuttgart, vgl. Bruns §. 422 Note 1); dagegen schützen den Besitz von Staats- und Kirchendienern (nicht Privatdienern) an ihren Besoldungen die Urtheile I. 61 und III. 99 (OAG. zu Cassel, — das letztere Urtheil mit Berufung darauf, daß jenen Personen ein quasidingliches Recht am Staats- und Kirchenvermögen zustehe), XIII. 32 (OAG. zu Darmstadt, — Staats- und andere öffentliche, selbst standesherrliche Diener). Noch weiter gehen die Urtheile IX. 126, XIII. 32 (OAG. zu Darmstadt), VII. 269 (OAG. zu Jena), XVI. 5 (OAG. zu Dresden), welche Besitzesschutz resp. Ersitzung bei allen Forderungsrechten annehmen, welche auf sich wiederholende Leistungen von juristischen Personen (Corporationen) oder dauernden Personenclassen gehen (die Bruns'sche Idee, s. Note 4). Den Besitz der Mutter an dem Kinde schützt das OAG. zu Cassel (Bruns S. 422 Note 3), den Besitz am Präsentationsrecht das OAG. zu Jena (Seuff. Arch. VIII. 232), dasselbe den Besitz an dem Rechte, allein einen Gasthof zu haben, (Seuff. Arch. XVI. 168), das OAG. zu Celle den Besitz an dem Rechte, „als Reihestellbesitzer an allen ein bestimmtes Kohlenbergwerk betreffenden Versammlungen, Berathungen und Beschlüssen der Gemeinde, so wie an den Auskünften des fraglichen Kohlenbergwerks . . . Theil zu nehmen (Seuff. Arch. XV. 27). Dagegen hat das frühere OAG. zu Zerbst possessorischen Schutz des Rechtes, „um Lohn zu kochen, zu backen, und sogenannte Aschkuchen zu backen" verweigert (Seuff. Arch. I. 317). S. auch Seuff. Arch. XIX. 151.

[6] Die Decretalen (Bruns S. 205—207) gewähren das interdictum uti possidetis und eine Klage nach Analogie des interdictum unde vi. Die spätere Theorie und Praxis hat von jeher sowohl beide römische Rechtsmittel, als die Spolienklage und das Summariissimum für anwendbar erachtet. Bruns S. 243 fg. 279 fg. 384 fg. 408.

[7] Bei obligatorischen Leistungen reicht bloße Verweigerung hin. So schon die Decretalen (Bruns S. 207 fg.), und constant die folgende Theorie und Praxis. Bruns S. 244. 280 fg. 384. 408. 409, vgl. auch S. 496 fg., Randa a. a. O. S. 372 fg. Seuff. Arch. I. 66, III. 99, V. 173, VII. 42. 43, VIII. 221, XII. 340, XIII. 32, XVI. 115, XVII. 46, XVIII. 250; entgegengesetzt ganz vereinzelt I. 223. 224, XII. 241. S. noch XVII. 45. — Störung durch Dritte? Bruns S. 214 fg. 280. Seuff. Arch. XVI. 168.

[8] Für den Erwerb und Verlust des Besitzes gelten die I §. 163 entwickelten Grundsätze. Vgl. Randa a. a. O. §. 25. 26. 29. 31—36. (Die citirten §§. 29 und 30 handeln speciell von dem Erwerb des Besitzes an Reallasten und Bannrechten).

2. Handeln gegen fremden Willen*.

§. 465.

Handeln gegen fremden Willen erzeugt unter Umständen selbst dann Verpflichtungen, wenn dadurch kein fremder Besitz verletzt wird[1].

1. Die Handlung muß eine Handlung sein, durch welche auf ein Grundstück oder einen Bestandtheil eines Grundstücks eingewirkt wird[2].

---

* Dig. 43. 24. quod vi aut clam. — Die ausführlichste Bearbeitung dieser Lehre ist die von Stölzel: die Lehre von der operis novi nuntiato und dem interdictum quod vi aut clam S. 341—522. 556—594 (1865). S. außerdem: G. Hasse Rhein. Mus. IV. 1. (1830). Francke Arch. f. civ. Pr. XXII. 14 (1839). Schmidt (von Schwerin) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I. 7 (1845). Schäffer Arch. f. prakt. RW. I S. 2 fg. II S. 16 fg. (1852. 1853). Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XXXVII S. 230 fg. (1854) und XLI. 7 (1858). Hesse die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 265—268. II S. 62—79 (1859. 1861) v. Duhn Arch. f. civ. Pr. XLVIII. 3 (1865). Karlowa Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprocesses S. 89—100 (1865). Hesse das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen und andere Veränderungen an Grundstücken S. 1—91 (1866). Baron Rec. der Schrift von Stölzel, kr. VJSchr. VII S. 489—511 (1865, aber später ausgegeben, als die Schrift von Hesse). Stölzel Jahrb. f. Dogm. VIII. 6 (1866). Unterholzner II S. 179—186, Sintenis II S. 745—750, Vangerow III §. 677 Anm.

§. 465. [1] L. 16 pr. D. h. t. „Competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest".

[2] Opus in solo factum. L. 1 §. 4 l. 7 §. 5 D. h. t. Im Einzelnen wird in den Quellen genannt: Graben, l. 7 §. 8 l. 9 §. 3 l. 22 §. 1 D. h. t.; Pflügen, l. 9 §. 3 l. 22 §. 1 D. h. t.; Steine werfen, l. 15 §. 1 D. h. t.; Erde auffarren, l. 15 §. 2 D. h. t.; zu starkes Düngen, l. 7 §. 6 D. h. t.; Verunreinigen eines Brunnens, l. 11 pr. D. h. t.; Abschneiden und Beschädigen von Bäumen und Pflanzen, l. 7 §. 5 l. 9 §. 3 l. 11 §. 3 l. 13 pr. §. 3. 4. 7 D. h. t., l. 11 D. arb. furt. caes. 47. 7 (Arch. f. prakt. RW. VI S. 225 fg.); Herüberziehen von Pflanzen, l. 22 pr. D. h. t.; Errichten eines Gebäudes, l. 7 §. 2 D. h. t. in Verbindung mit l. 1 §. 11 D. de O. N. N. 39. 1, l. 11 §. 5 D. h. t.; Abbrechen eines Gebäudes, l. 7 §. 9 D. h. t.; Abdecken eines solchen, l. 5 §. 10 l. 8 l. 9 pr. D. h. t.; Wegnahme von Statuen, l. 9 §. 2 l. 11 §. 1. 2 D. h. t., l. 2 D. de sep. viol. 47. 12;

2. Die Handlung muß entweder in Widerspruch mit einem von der Gegenseite eingelegten Verbot erfolgt sein[3], oder es muß der Handelnde in anderer Weise gewußt haben, daß ihm das Recht zur Handlung bestritten werde[4]. Dem Wissen von der Bestreitung steht gleich, daß der Handelnde von der Bestreitung hätte wissen sollen[5].

3. Die Bestreitung muß eine an und für sich begründete gewesen sein. Auf eine an und für sich nicht begründete Be-

---

Anbringen eines Anschlags an dem Gebäude eines Andern, l. 22 §. 2 D. h. t. (Stölzel S. 407 fg., Baron S. 468 Note *, Stölzel Zeitschr. f. RGesch. VI S. 96 fg.); Anbringen eines Vordachs oder einer Wasserabfalleinrichtung über dem Grundstück eines Andern, l. 22 §. 4 D. h. t. Dagegen soll das interdictum q. v. a. cl. nicht begründet werden durch: Gehen über ein Grundstück, l. 22 §. 3 D. h. t.; Auseinanderwerfen oder Anzünden eines auf dem Grundstücke liegenden Haufens, l. 9 §. 3 l. 10 D. h. t.; Wegnahme oder Beschädigung von Früchten, l. 7 §. 5 D. h. t.; Wegnahme von Schlössern, Schlüsseln, Gittern, Fensterscheiben, l. 9 §. 1 D. h. t. S. noch l. 20 §. 4 D. h. t. „Quod in navi fit, vel in alia qualibet re vel amplissima, mobili tamen, non continetur hoc interdicto".

[3] Eine solche Handlung ist nach römischer Redeweise ein vi factum (I §. 159 Note 4. §. 160 Note 5). L. 1 §. 5 D. h. t. „Vi factum videri, Q. Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecerit". Auf die Art und Weise der Einlegung des Verbots kommt nichts an, l. 20 §. 1 l. 1 §. 7 D. h. t. Die Einlegung kann auch durch eine symbolische Handlung erfolgen, wo eine solche allgemein verstanden wird (bei den Römern durch einen „iactus lapilli", l. 1 §. 6 l. 20 §. 1 D. h. t., l. 6 §. 1 D. si serv. 8. 5, l. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39. 1; vgl. Stölzel S. 345—355, Hesse Einspruchsrecht S. 15. 16). Verbot durch Andere: l. 3 pr. l. 17 D. h. t., l. 17 D. de O. N. N. 39. 1. S. noch l. 1 §. 8 l. 20 pr. D. h. t.; l. 1 §. 10. 11 l. 2 D. h. t.; l. 1 §. 9 l. 3 §. 1. 2. 3 l. 20 §. 2. 3 D. h. t.; l. 13 §. 5 i. f. l. 11 §. 9 eod. (Vangerow S. 560).

[4] Eine solche Handlung bezeichnen die Quellen als clam factum. Das clam factum setzt ebenso wenig eine besondere Veranstaltung zum Zweck der Verheimlichung voraus, wie das vi factum Gewalt. Wer weiß, daß ihm das Recht zu der Handlung, welche er vornehmen will, bestritten wird, soll sie nicht vornehmen, ohne dem Gegner davon Anzeige zu machen; unterläßt er die Anzeige, so handelt er eben deßwegen clam. L. 3 §. 7 — l. 5 §. 7 l. 11 §. 11 l. 18 §. 1 l. 21 §. 1 l. 22 §. 5 D. h. t., l. 73 §. 2 D. de R. I. 50. 17. Seuff. Arch. IX. 292; s. auch V. 25. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck II. 2.

[5] L. 3. §. 7. 8 l. 4 D. h. t., l. 43 i. f. D. ad leg. Aq. 9. 2. L. 4 cit.: — „ne melioris conditionis sint stulti, quam periti".

streitung braucht nicht gehört zu werden[6]. Dagegen darf eine an für sich begründete Bestreitung auch dann nicht mißachtet werden, wenn dem Handelnden ein Gegenrecht zusteht, welches

[6] Mit anderen Worten: wer mit dem interdictum q. v. a. cl. belangt wird, kann von dem Gegner den Nachweis eines Rechtsverhältnisses verlangen, aus welchem sich in Ermangelung besonderer Gegengründe die Ungerechtfertigtheit der vorgenommenen Handlung ergibt. Von welcher Art dieses Rechtsverhältniß sei, ist gleichgültig. Es kann Eigenthumsrecht sein (s. z. B. l. 11 §. 14 l. 12 D. h. t. [Miteigenthum, l. 13 §. 3 D. h. t.]), oder ein sonstiges dingliches Recht (z. B. Nießbrauch oder Grunddienstbarkeit gegenüber dem Eigenthumsrecht, l. 13 pr. D. h. t., l. 6 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 6 §. 1 D. si serv. 8. 5, l. 21 D. de aq. pl. 39. 3), oder ein obligatorisches Recht (z. B. Pachtrecht gegenüber dem Eigenthumsrecht, l. 12 in Verbindung mit l. 13 pr. D. h. t.). Ferner kann das interdictum q. v. a. cl. auf eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung (l. 4 §. 2. 3 l. 5 l. 13 l. 14 pr. D. de aq. pl. 39. 3), oder auf die Vorschriften über die Benützung öffentlicher Sachen (nach römischem Recht ist hinzuzufügen: von res sacrae und religiosae, l. 20 §. 5 l. 7 §. 8 l. 11 §. 1. 2 l. 13 §. 5 l. 15 §. 2 l. 22 §. 4 D. h. t.), oder auf die Verpflichtung des Beklagten, cautio damni infecti zu leisten (l. 3 §. 6 D. h. t., vgl. l. 13 §. 10 D. de damn. inf. 39. 2) gegründet werden. — Der Beweis für das hier Gesagte, was von der herrschenden Meinung nicht anerkannt wird (vgl. darüber das Nähere in Note 18), liegt zum Theil schon in dem, was die Quellen über die Nothwendigkeit des Vorhandenseins eines Interesse in der Person des Klägers sagen (Note 11). Zum Nachweis dieses Interesse ist regelmäßig der Nachweis eines Rechtsverhältnisses erforderlich (Note 12), und aus diesem Rechtsverhältniß wird sich in vielen Fällen sofort ergeben, daß die Handlung des Beklagten eine an und für sich unberechtigte ist. Allerdings nicht immer; und namentlich ergibt sich aus dem Eigenthumsrecht nicht, daß die auf einem fremden Grundstück vorgenommene Handlung eine ungerechtfertigte ist. Aber gerade für diesen Fall enthält einen entscheidenden Beweis l. 21 D. de aq. pl. 39. 3, auf welche zuerst aufmerksam gemacht zu haben, Stölzel's Verdienst ist. „Si in meo aqua erumpat, quae ex tuo fundo venas habeat, si eas venas incideris, et ob id desierit aqua ad me pervenire, tu non videris vi fecisse, *si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit*, nec interdicto quod vi aut clam teneris". Weniger beweisend sind l. 15 D. de S. P. U. 8. 2 (wo der Ausdruck „prohiberi potest, si servitus debeatur" möglicherweise auch auf die Verhinderung durch Anstellung der actio confessoria gedeutet werden kann, vgl. l. 6 §. 1 D. si serv. 8. 5) und l. 9 D. eod. (welche Stelle, ohne unrichtig zu sprechen, das interdictum q. v. a. cl. unbeachtet lassen durfte). Aber mit Recht macht Stölzel auch darauf aufmerksam, daß es bei dem interdictum q. v. a. cl., im Gegensatz zur operis novi nuntiatio (§. 466 Note 9. 15), weder remissorischen Proceß noch Gefährdeeid gibt.

sie überwindet[7]. Der Handelnde muß mit der Handlung einhalten, bis er entweder sein Gegenrecht klagend dargethan, oder bis er dem Gegner zur Sicherheit der von diesem zu erhebenden Klage Bürgschaft geleistet hat[8].

4. Fährt der Handelnde mit der Handlung fort, ohne Eines von Beidem gethan zu haben, so ist er, ohne sich auf sein Gegenrecht berufen zu dürfen[9], verpflichtet, den früheren Zustand wieder-

---

Endlich aber wird allein durch den hier vorgetragenen Satz das interdictum q. v. a. cl. erst verständlich; abgesehen von diesem Satz ist dasselbe ein so exorbitantes Rechtsmittel, daß es geradezu als Räthsel erscheint (vgl. Note 18). Gegen das hier Gelehrte hat man namentlich die Worte des Edicts (l. 1 pr. D. h. t.) angeführt (Schmidt S. 356, Vangerow S. 563), nach welchen für das Interdict weiter nichts nothwendig sei, als die Thatsache des vi oder clam factum. Aber darauf hat schon Stölzel (S. 494) geantwortet, daß, wenn man annehmen wollte, in diesen Worten seien die Erfordernisse des Interdicts erschöpfend angeführt, auch kein Interesse in der Person des Klägers erfordert werden dürfe.

[7] Z. B. er hat dem Eigenthumsrecht oder der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung gegenüber eine Servitut oder eine obligatorische Gestattung, der Servitut gegenüber obligatorische Gestattung.

[8] L. 3 §. 5 D. h. t. Stölzel S. 459 fg. versteht die in dieser Stelle erwähnte cautio von einer cautio iudicio sisti, ebenso Hesse Einspruchsrecht S. 17 fg. Aber es heißt ja: „si modo satis offerat, *et* defendere paratus est, si quis agat.“ Vgl. auch Hesse S. 14—19.

[9] In diesem Sinne heißt es in l. 1 §. 2 D. h. t. „Et parvi refert, utrum ius habuerit faciendi, an non. Sive enim ius habuit, sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit: tueri enim ius suum debuit, non iniuriam comminisci“. Ebenso l. 1 §. 3 D. h. t. Es hilft dem Beklagten nicht sein *ius faciendi*; aber auch Seiten des Klägers muß ein *ius prohibendi* (in eigener Person, oder der Person eines Dritten, z. B. des Verpächters, s. Note 12 g. E.) vorhanden sein. — Nur in Einem Fall darf der Beklagte sich auf sein ius faciendi allerdings berufen; es ist dieß der Fall, wo das ius faciendi rechtskräftig feststeht. In diesem Falle hat der Beklagte bereits dasjenige gethan, auf dessen Unterlassung der Vorwurf formalen Unrechts gegen ihn gegründet wird, — dem Gegner gegenüber sein Recht erstritten. Francke S. 368 fügt den Fall hinzu, wo der Kläger das ius faciendi des Beklagten anerkenne. Gewiß ist in diesem Falle das interdictum q. v. a cl. nicht begründet. Aber ebenso gewiß ist richtig, und dieß ist ohne Zweifel auch die Meinung Francke's, daß der Kläger zu einer Erklärung darüber, ob er das ius faciendi anerkenne, oder nicht, nicht genöthigt werden kann. — Wie ist es aber, wenn der Beklagte dem interdictum q. v. a. cl. gegenüber geltend macht, daß er im Besitze des ius

herzustellen und vollen Schadensersatz zu leisten[10]. Der Anspruch darauf setzt in der Person des Klägers ein durch die Handlung verletztes Interesse voraus[11], aber nicht nothwendig, daß dieses Interesse von vermögensrechtlicher Art sei[12]. Gegen dritte Be-

---

faciendi sei? Hätten wir bloß die oben mitgetheilten Stellen, so müßten wir ohne Zweifel sagen, daß der mit dem interdictum q. v. a. cl. Belangte den Kläger ebensowenig nöthigen könne, sich auf einen Besitzesstreit einzulassen, wie auf einen Streit über das Recht, und dieß ist denn auch die Meinung Francke's S. 369. Aber zu dem entgegengesetzten Resultat führt l. 3 §. 8 D. de rivis 43. 21. In dieser Stelle ist zwar nur von der operis novi nuntiatio die Rede; aber der Schluß von derselben auf das interdictum q. v. a. cl. ist nicht abzuweisen und nichts verräth, daß, wie Francke a. a. O. behauptet, diese Stelle von einem rechtskräftig feststehenden oder anerkannten Besitz handele, s. auch Stölzel S. 491. Seuff. Arch. IX. 157. Aus dem Gesagten folgt aber nicht, daß, wie Stölzel (S. 415 fg.) und Zimmermann (XXXVII S. 231 fg. XLI S. 185 fg.) annehmen, auch der Besitzer eines Grundstückes durch den Nachweis seines Besitzes sich dem interdictum q. v. a. cl. des Eigenthümers, d. h. des sein Eigenthum nachweisenden Klägers, entziehen könne. Hier handelt es sich nicht um den Besitz eines Gegenrechtes gegenüber dem vom Kläger geltend gemachten Rechte, sondern um den Besitz gerade desjenigen Rechtes, welches auch der Kläger geltend macht, und von welchem derselbe nachgewiesen hat, daß es ihm, und folglich nicht dem Beklagten, zustehe, — und man kann sich nicht einer auf das Recht gestützten Rechtsverfolgung gegenüber mit der Berufung auf den Besitz vertheidigen. Was die genannten Schriftsteller an Beweisen für ihre Behauptung beibringen, hat m. E. keine Bedeutung. Vgl. auch Hesse Einspruchsrecht S. 59 fg.

[10] L. 15 §. 7 D. h. t. „Hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest, id opus factum esse. Officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem iudicandum est, ut in omni causa eadem condictio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset“. L. 11 §. 4. 8 l. 15 §. 8—12 l. 16 §. 1. 2 l. 21 pr. §. 3 D. h. t.; l. 7 §. 7 l. 18 l. 22 §. 3 D. h. t. Zu l. 15 §. 9 cit. vgl. I §. 133 Note 15. Haftung Mehrerer: l. 15 §. 2 l. 6 l. 13 §. 7 D. h. t. Ribbentrop Correalobl. S. 95 fg., Schmidt Interdictenverfahren S. 200 fg. (§. 298 Note 15).

[11] L. 11 §. 14 D. h. t. „Idem Iulianus scribit, interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest, opus factum non esse, competere“. L. 16 pr. eod.

[12] So kann klagen wegen Wegnahme einer Statue derjenige, dem zu Ehren die Statue aufgestellt worden ist, l. 11 §. 2 D. h. t. S. auch l 16 §. 1 D. h. t. — Ist das Interesse, wie regelmäßig, ein Vermögensinteresse, so setzt der Nachweis desselben den Nachweis eines Rechtsverhältnisses in der

sitzer des Grundstücks geht der Anspruch insoweit, daß von denselben Gestattung der Wiederherstellung des früheren Zustandes auf eigene Kosten des Interessirten verlangt werden kann[13].

4. Der Anspruch verjährt in Einem Jahr tauglicher Zeit[14]. Auf die Erben geht er nach den für die Delictsansprüche geltenden Grundsätzen über[15]. Er fällt weg, wenn unter obrigkeitlicher Ermächtigung[16], oder nur zum Zweck der Beseitigung Desjenigen gehandelt worden ist, was der Gegner seinerseits mit formaler Widerrechtlichkeit gethan hat[17].

Person des Klägers voraus, aus welchem hervorgeht, daß gerade sein Vermögen von dem angerichteten Schaden betroffen worden ist. Die Quellen nennen: Eigenthumsrecht, l. 11 §. 14 l. 12 l. 13 §. 3. 5 l. 16 §. 1 l. 17 l. 22 pr. D. h. t., l. 13 §. 2 D. de usufr. 7. 1, l. 27 §. 14 D. ad leg. Aq. 9. 2; Nießbrauch, l. 12 l. 16 §. 1 D. h. t., l. 5 §. 3 l. 6 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 22 pr. D. de aq. pl. 39. 3; Grunddienstbarkeit, l. 15 D. de S. P. U. 8. 2, l. 6 §. 1 D. si serv. 8. 5, l. 21 D. de aq. pl. 39. 3; Pachtrecht oder sonstiges obligatorisches Nutzungsrecht, l. 11 §. 12 l. 12 l. 19 l. 13 §. 4 D. h. t. Nicht aber steht das int. q. v. a. cl. demjenigen zu, welcher ein bloßes Forderungsrecht auf Leistung der Sache hat, und daher nicht dem Käufer als solchem, wenn ihm nicht provisorisch der Besitz eingeräumt ist, l. 11 §. 9—13 D. h. t., vgl. l. 14 pr. §. 1 l. 80 pr. l. 66 §. 5 l. 85 D. de furt. 47. 2 (§. 453 Note 14) und Hasse S. 27 fg., Stölzel S. 392 fg., Baron S. 497 fg.

[13] L. 7 pr. §. 1 l. 11 §. 6 l. 14 l. 15 pr. §. 1 l. 16 §. 2 D. h. t.

[14] L. 1 pr. l. 15 §. 3—6 l. 22 pr. D. h. t. Ueber l. 1 pr. cit. s. Schmidt Interdictenverfahren S. 102. 103, Stölzel S. 355—378, und gegen Letzteren Schmidt krit. VJSchr. VII S. 289 Note *.

[15] S. §. 359 Nr. 2. Römisches Recht: l. 15 §. 3 D. h. t. Den Uebergang auf die Erben des Klägers bestreitet Savigny Syst. II S. 125 fg. mit Rücksicht auf l. 13 §. 1 D. h. t., l. 9 D. de O et A. 44. 7. S. dagegen Schmidt Interdictenverfahren S. 139, Vangerow I S. 215.

[16] L. 7 §. 4 l. 3 §. 4 D. h. t., l. 7 §. 2 eod.

[17] L. 7 §. 3 l. 22 §. 2 D. h. t. Jedoch soll nach der zuerst genannten Stelle die Berufung auf die formale Widerrechtlichkeit des Klägers nur „ex magna et satis necessaria causa“ gestattet werden, und der Richter im einzelnen Fall nach seinem Ermessen zu entscheiden haben. v. Duhn a. a. O. nimmt an, die genannte Stelle setze den Fall voraus, daß der Beklagte ein auf dem Eigenthum des Klägers, Stölzel S. 407 fg. (Jahrb. S. 163 fg.), daß er ein auf dem Besitzthum des Klägers errichtetes Werk zerstört habe.

Die hier gegebene Darstellung entspricht übrigens in einem wesentlichen Punkte der herrschenden Ansicht nicht, worüber das Nähere in der Note [18] bemerkt ist.

---

[18] Die herrschende Auffassung des interdictum q. v. a. cl. (s. Francke S. 350, aber auch Stölzel S. 479 fg.) verlangt, wie bereits in Note 6 angedeutet wurde, für das interdictum q. v. a. cl. nicht, daß die Bestreitung der vorzunehmenden Handlung eine an und für sich begründete gewesen sei (Nr. 3), sondern gesteht einer jeden Bestreitung, vorausgesetzt, daß sie nur von einem Interessirten ausgeht, die Kraft zu, den Unternehmer zu nöthigen, sich die Befugniß zu dem, was er vornehmen will, erst durch Klage zu erstreiten, oder, wenn er das nicht will, Bürgschaft zu stellen. Dieß erscheint erträglich, wenn Jemand auf fremden Grund und Boden, unerträglich, wenn er auf eigenem etwas thut. Man hat daher verschiedene Wege eingeschlagen, um diesen Satz dem Verständniß näher zu rücken. Zimmermann a. a. O. hat (unter Zustimmung von Hesse und Holzschuher III S. 1075) die Behauptung aufgestellt, ursprünglich habe nicht jedes Verbot respectirt zu werden brauchen, sondern nur ein solches, welches ergangen sei, nachdem der Unternehmer seinen Nachbarn die vorzunehmende Handlung angezeigt, und dadurch dessen mögliches Interesse anerkannt habe; erst später sei das Interdict auf den Fall des Verbots ohne Anzeige ausgedehnt worden. Aber die hier behauptete ursprüngliche Beschränkung ist vollkommen unbewiesen; und warum hat man sie später wieder fallen lassen? Schmidt, welchem Vangerow, Sintenis, Arndts §. 329 Anm. 3 und Rudorff zu Puchta §. 386. q in der 9. Aufl. (anders in der 10.) gefolgt sind (dagegen Karlowa S. 95 fg.), lehrt: der Unternehmer werde allerdings durch die Bestreitung zur Klage genöthigt: aber in dieser Klage brauche er nicht nothwendigerweise sein Recht auszuführen, es genüge, wenn er seinen Besitz darthue Aber so bleibt immerhin übrig, daß mein Nachbar durch ein vielleicht vollkommen frivoles Verbot mich zur Erhebung eines Processes nöthigen kann. Deßwegen behaupten denn auch Schmidt und Sintenis frischweg, das interdictum q. v. a. cl. sei bei uns nicht recipirt, weil — kein Mittel ausgebildet sei, um den Besitzer gegen ein Verbot dritter Unberechtigter zu schützen! Die heutige Unanwendbarkeit behauptet auch Hesse (Rechtsverhältnisse II S. 77, Einspruchsrecht S. 88); über dessen Auffassung im Uebrigen s. in dieser Note unten. — Das m. E. Richtige, wie es oben dargestellt worden ist, hat in seinen Grundzügen zuerst Francke entwickelt, und Stölzel näher ausgeführt; übereinstimmend auch Karlowa S. 90 fg. (dessen Berichtigung S. 91 Francke nicht trifft). Es kann mich eben nicht Jeder zum Proceß nöthigen, sondern nur derjenige, welcher ein Recht hat, welches ich durch ein Gegenrecht erst überwinden muß. Namentlich, wenn ich auf meinem Grund und Boden, oder auf Grund und Boden, von welchem ich behaupte, daß er der meinige sei, etwas thue, kann ich das Verbot eines Jeden mißachten, der mir nicht darthun kann, daß nicht ich, sondern er der Eigenthümer sei, oder daß er auch

3. Handeln gegen Einspruch*.

§. 466.

Besondere Grundsätze gelten für den Fall, wo Einspruch

---

als Nichteigenthümer ein Verbietungsrecht habe. Stölzel hat aber der Auffassung Francke's, gegen welche er in unbegründeter Weise polemisirt, eine m. E. unrichtige Beimischung gegeben, indem er nämlich einerseits das int. q. v. a. cl. dem obligatorisch zur Detention Berechtigten kraft eigenen Rechtes (Gegensatz: kraft des Rechtes des Verpächters ꝛc.) gibt, andererseits behauptet, daß der Besitzer als solcher gegen das Verbot geschützt sei (s. Note 9), von welchem Ausgangspunkte er zu dem Resultate gelangt, daß das int. q. v. a. cl. dem Besitzer gegenüber auch nicht durch den Nachweis einer zum Verbot berechtigenden Servitut begründet werden könne, wenn nicht zugleich Besitz der Servitut dargethan werde (s. freilich auch Baron S. 503). Stölzel beruft sich natürlich auf l. 6 §. 1 D. si serv. 8. 5 (S. 442 fg.), in welcher Stelle aber nach meiner Ansicht „possessor" nur denjenigen bezeichnet, dessen Rechtsbehauptung der factische Zustand entspricht, gleichgültig ob kraft seines Willens oder nicht. Vgl. über diese Stelle I. §. 163 Note 4. Gegen den Vorzug des Besitzers s. auch Baron a. a. O., welcher im Uebrigen zu den gleichen Resultaten gelangt, wie Stölzel; gegen Stölzel überhaupt Hesse Einspruchsrecht S. 53 fg., welcher für das interd. q. v. a. cl. „ein Sachenrecht oder ein sonst zustehendes Recht auf den Gebrauch und die Benutzung eines Grundstücks", für dieses Recht aber nur Bescheinigung verlangt. — Ein große Rolle hat in der Frage über die Erforderniſſe des int. q. v a. cl. die l. 5 §. 10 D de O. N. N. 39. 1 gespielt, welche von den verschiedenen Schriftstellern in der verschiedensten Weise ausgelegt worden ist; s. Hasse S. 42 fg., Francke S. 380 fg., Schmidt S. 373 fg., Vangerow S. 563. 564, Karlowa S. 94. 95 und S. 97 Anm. 65, Baron S. 412. Nimmt man diese Stelle, wie sie jetzt in unseren Ausgaben lautet, beim Worte, so sagt sie, daß das int. q. v. a. cl. gegen den Eigenthümer nicht zuläſſig sei, und das ist entschieden falsch (l. 13 pr. §. 6. 7 D. h. t., l. 6 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 6 §. 1 D. si serv. 8. 5, l. 21 D. de aq. pl. 39. 3). Nach meiner Meinung sind die Worte „id est lapilli iactum" Glossem, und die Stelle spricht in ihrem ersten Theil gar nicht von dem int. q. v. a. cl., sondern von Selbstvertheidigung („per manum") und dem int. uti possidetis („per praetorem"), Diese Hülfsmittel seien, sagt sie, ausgeschlossen, wenn ein Anderer auf seinem Besitzthum etwas thue: dann müsse man zur operis novi nunt. greifen, wobei diese allein genannt wird, nicht weil das int. q. v. a. cl. ausgeschlossen werden soll, sondern weil der Tractat, welchem die Stelle angehört, überhaupt nur von der op. novi nunt. handelt. Will aber Jemand, fügt die Stelle hinzu, nicht von seinem Besitzthum ein erst zu errichtendes Werk abhalten, sondern aus seinem Besitzthum ein errichtetes entfernen

gegen eine Bauthätigkeit erhoben wird[1], mag dieselbe in Errichtung oder Niederreißung eines Gebäudes bestehen[2].

1. Damit diese besonderen Grundsätze eintreten, ist näher erforderlich:

a) daß der Einspruch gegen die Unternehmung selbst, d. h.

(„facere perseverat" — der Gegner hat also schon etwas gethan), so hilft ihm natürlich weder Selbstvertheidigung, noch op. novi nunt., sondern er muß dann zu dem int. q. v. a. cl. oder dem int. uti possidetis greifen. — Ueber die Praxis, welche sehr verschiedene Standpunkte vertritt, s. die Urtheile bei Seuff. Arch. VIII. 51, IX. 292, XII. 160, XV. 28; VII. 45; XVI. 223; XVII. 245, — so wie die Mittheilungen und Nachweisungen bei Zimmermann XXXVII S. 238 fg. XLI S. 189 fg., Stölzel S. 459 fg., Hesse Einspruchsrecht S. 87 fg.

* Dig. 39. 1 de operis novi nuntiatione. Cod. 8. 11 de novi operis nuntiatione. — Die ausführlichste Darstellung dieser Lehre gibt die im vorigen §. bei * citirte Schrift von Stölzel S. 15 fg. (1865). S. ferner: Kaemmerer de operis novi nuntiatione (1807). Reinhardt ausführliche Erläuterung des Pandektentitels de novi operis nuntiatione (1820). G. Hasse über die operis novi nuntiatio, Rhein. Mus. III S. 579—631 (1829). Wiederhold das interdictum uti possidetis und die Novi operis Nuntiatio S. 65 fg. (1831). Schmidt (von Ilmenau) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII. 2 (1851). Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XXXVII S. 218 fg. (1854). Rudorff Jahrb. d. gem. R. IV. 3 (1860). Schmidt (von Ilmenau) das. IV. 7 (1860). Hesse die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn II S. 79—102 (1861). Schmidt (von Ilmenau) über die oben genannte Schrift von Stölzel, krit. VJSchr. VII S. 287—304 (1865). Karlowa Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses S. 59—89 (1865). Hesse das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen und andere Veränderungen an Grundstücken S. 92—166 (1866). Baron Rec. der Schrift von Stölzel, kr. VJSchr. VII S. 483—489. 511—530 (1865, vgl. §. 465 bei * a. E.). Unterholzner II S. 169—179, Sintenis II S. 750—754, Vangerow III §. 676 Anm., Holzschuher III §. 319.

§. 466. [1] Die technische Bezeichnung des römischen Rechts für den Einspruch gegen eine Bauthätigkeit ist: operis novi nuntiatio. Die Grundsätze über die operis novi nuntiatio sind ein Stück des römischen Stadtrechtes, das interdictum quod vi aut clam ist ein Stück des römischen Reichsrechtes. Jene haben ihre Ausbildung ohne Zweifel durch das Edict des praetor urbanus erhalten; das interdictum quod vi aut clam gehört dem Edict des praetor peregrinus an. Vgl. übrigens über die Quellen der operis novi nuntiatio auch Stölzel S. 116. 117 und die daselbst Citirten, Schmidt VJSchr. S. 292.

[2] L. 1 §. 11—14 D. h. t. Seuff. Arch. XV. 226; vgl. aber auch Stölzel S. 528.

nicht an die Person des Unternehmers als solche, sondern an eine bei der Unternehmung gegenwärtige Person gerichtet werde[3];

b) daß der Einspruch gegründet werde entweder: α) auf die Freiheit des Eigenthums[4], oder eine negative Dienstbarkeit[5], oder

---

[3] L. 5 §. 1—4 l. 1 §. 5 l. 10. 11 D. h. t. Sonstige positive Vorschriften über die Art und Weise der Erhebung des Einspruches gibt es nicht. Vgl. noch l. 1 §. 2. 4. 8 l. 5 §. 15. 16 l. 8 §. 1. 5 l. 16 l. 19 D. h. t.; l. 5 §. 6 l. 18 pr. D. h. t.; l. 1 §. 3 l. 5 §. 18 l. 13 pr. l. 5 §. 1 D. h. t. Stölzel S. 20—24 und die daselbst Citirten, Schmidt VJSchr. S. 293. 294. Seuff. Arch. V. 28. c. Ueber l. 5 §. 7 D. h. t. s. Vangerow S. 548.

[4] Die Freiheit des Eigenthums vertreten (mit der actio negatoria) kann aber außer dem Eigenthümer selbst (l. 1 §. 3 D. de remiss. 43. 25, l. 5 §. 8 D. h. t.) auch der redliche Erwerber (I §. 199 Note 3, Ihering Abhandl. S. 108), so wie der Emphyteuta, der Superficiar und der Pfandgläubiger (welchen utilis rei petitio zusteht, s. auch l. 3 §. 3 D. h. t. in Verbindung mit l. 2 pr. D. si serv. 8. 5, vgl. I §. 219 Note 11. §. 223 Note 9, Ihering a. a. O. S. 124. 125; a. M. Stölzel S. 55—57). Der Miteigenthümer ist dem Miteigenthümer gegenüber zur operis novi nunt. nicht berechtigt, l. 3 §. 1. 2 D. h. t. Stölzel S. 59 fg., Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII S. 67 fg.

[5] Die Quellen nennen die servitus non altius aedificandi und die servitus ne luminibus oder ne prospectui officiatur (l. 2 l. 5 pr. D. h. t., l. 15 D. de S. P. U. 8. 2), ferner die servitus oneris ferendi, l. 6 §. 7 D. si serv. 8. 5 (s. unten), und schließen ausdrücklich aus die servitus viae, l. 14 D. h. t. Der Gedanke, welcher der Beschränkung der operis novi nunt. auf die negativen Servituten zu Grunde liegt, ist dieser: sie soll zulässig sein nur auf Grund derjenigen Rechte, welche ein Verbietungsrecht unmittelbar enthalten, nicht erst durch einen Schluß ergeben, oder, in der Sprache des classischen Rechtes ausgedrückt, aus welchen man die Formel begehren kann: ius adversario non esse . . invito me, oder: ius mihi esse prohibendi adversarium (vgl. l. 1 pr. D. de remiss. 43. 25, l. 1 §. 4 eod., l. 2 l. 21 pr. D. h. t.). Was die servitus oneris ferendi angeht, s. Stölzel S. 35, und vgl. dens. überhaupt S. 24 fg., und über die verschiedenen Meinungen die das. und S. 527 Citirten, auch Vangerow S. 545. 546, Holzschuher III §. 319 Nr. 2; neuestens noch Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII S. 77 fg. und Einspruchsrecht S. 115 fg. — Auch die Servitut kann, wie die Freiheit des Eigenthums, nicht bloß von dem Eigenthümer des herrschenden Grundstückes geltend gemacht werden. Deßwegen sind auf Grund einer negativen Servitut zur operis novi nunt. ferner berechtigt: der redliche Erwerber (I §. 217 Note 7), der Emphyteuta und der Superficiar (l. 3 §. 3 D. h. t., l. 16 D. de serv. 8. 1), der Pfandgläubiger (l. 9 D. h. t., l. 1 §. 5 D. de remiss. 43. 25, l. 16 D. de serv. 8. 1). In Betreff des Nießbrauchers stritten die römischen

eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung, deren unmittelbarer Inhalt ein Nichtthun des Eigenthümers ist[6]; oder β) auf die gesetzlichen Vorschriften über die Benützung öffentlicher Sachen[7]; oder γ) auf die Verpflichtung des Gegners, Sicherheit für befürchteten Schaden zu leisten[8].

2. Sind diese Erfordernisse erfüllt, so darf:

a) der Einspruch selbst dann nicht mißachtet werden, wenn der Unternehmer sich demselben gegenüber nicht auf ein Gegenrecht beruft, sondern ihn als an und für sich unbegründet bestreitet. Vielmehr muß der Unternehmer auch in diesem Falle mit seiner Thätigkeit so lange innehalten, bis er richterliche Aufhebung des Einspruches[8a] erwirkt hat. Dieselbe wird ihm ertheilt: 1) wenn der Einsprechende nicht binnen einer vom Richter zu bestimmenden kurzen Frist den Proceß auf Anerkennung seines Einspruchsrechtes erhebt[9]; 2) wenn der Einsprechende nicht den

---

Juristen darüber, ob derselbe die dem Nießbrauchsgrundstück zustehenden Servituten als solche klagend verfolgen könne, oder ob er Schutz in diesen Servituten nur auf dem Wege der vindicatio ususfructus erlangen könne, l. 1 pr. l. 5 §. 1 D. si ususfr. 7. 6, l. 1 §. 20 l. 2 D. h. t., l. 1 §. 4 D. de remiss. 43. 25. Dieser Streit muß für die Compilation, nach der Art und Weise, wie in derselben l. 2 cit. eingeschoben worden ist, und nach der Art und Weise, wie l. 1 §. 4 cit. redet oder von den Compilatoren zugeschnitten worden ist, wenigstens was die operis novi nunt. angeht als dahin erledigt angesehen werden, daß allerdings auch der Nießbraucher auf Grund einer dem Nießbrauchsgrundstück zustehenden negativen Servitut zur operis novi nunt. berechtigt ist. Vgl. Stölzel S. 48; auch Ihering Abhandlungen S. 127.

[6] L. 1 §. 17 D. h. t., l. 3 pr. D. de mort. inf. 11. 8.

[7] L. 1 §. 16. 17 l. 5 §. 9 D. h. t. Für das römische Recht sind hinzuzufügen die res sacrae und religiosae. Ferner stand nach römischem Recht wegen Verletzung der Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen jedem Bürger die operis novi nunt. zu, nicht bloß dem dadurch Benachtheiligten, l. 3 §. 4 l. 4 l. 5 pr. vgl. mit l. 1 §. 19 D. h. t. Stölzel S. 136 fg.

[8] L. 1 §. 16—18 D. h. t. Stölzel S. 118 fg.

[8a] Remissio nuntiationis. Dig. 43. 25 de remissionibus.

[9] Der Hauptfall der Remission; derselbe ist vorgesehen in der in l. 1 pr. tit. cit. enthaltenen Edictsstelle. „QUOD IUS SIT ILLI PROHIBERE, NE SE INVITO FIAT, IN EO NUNTIATIO TENEAT; CETERUM NUNTIATIONEM MISSAM FACIO“ Vgl. dazu l. 1 §. 2 D. eod., l. 1 pr. D. h. t. Die bezeichneten Worte sind das Formular für den Wiederaufhebungsausspruch, welchen der Praetor im

ihm auf Antrag des Unternehmers richterlich aufzuerlegenden Gefährdeeid ausschwört[10]; 3) im Fall, wo der Einspruch im Namen eines Andern erhoben wird, wenn nicht für die Geneh-

---

gegebenen Fall auf einseitiges Begehren des Unternehmers nach Art eines Interdicts ertheilte (woraus sich die Stellung des Titels de remissionibus mitten unter Inderdicten erklärt, — vgl. namentlich Schmidt Zeitschr. S. 42 fg., sodann Stölzel S. 174 fg., und wieder Schmidt VJSchr. S. 299). Aber so wenig derjenige, gegen welchen ein Interdict erlassen worden war, sich demselben ohne Weiteres zu fügen brauchte, so wenig brauchte sich der Unternehmer dem Remissionsausspruch ohne Weiteres zu fügen; vielmehr konnte Dieser, wie Jener, ein (durch sponsio und restipulatio vermitteltes) Judicium über die Begründetheit des praetorischen Spruches begehren. Hierfür läßt sich zwar kein directes Quellenzeugniß beibringen; aber es scheint mir nach der Analogie des Interdictenverfahrens vollkommen sicher. Vgl. mit Gai. IV. 141 l. 1 §. 9 D. h. t. (in welcher Stelle die „praetoria iurisdictio“ nicht zur Annahme eines Verfahrens extra ordinem nöthigt). Der materielle Gehalt dieses iudicium war durch den Remissionsausspruch selbst vorgezeichnet; derselbe hatte sich ausdrücklich an das Bestehen eines ius prohibendi gebunden. Da er aber nicht gesagt hatte: ich hebe den Einspruch auf, wenn kein ius prohibendi besteht, sondern: ich hebe den Einspruch auf, und halte ihn nur für den Fall aufrecht, daß ein ius prohibendi besteht, so traf den Nuntianten die Beweislast. In diesem Sinne sagen die Quellen: „in operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus“ (l. 1 §. 6 l. 5 §. 10 D. h. t.; vgl. über die verschiedenen Auffassungen, welche dieser Satz erfahren hat, Wiederhold S. 91 fg., Hasse S. 613, Francke Arch. f. civ. Pr. XXII S. 376, Schmidt Zeitschr. S. 19. 30 fg., Rudorff S. 129, Stölzel S. 256 fg., Baron S. 484 fg.). Nach Justinianischem und heutigem Recht wird der dargestellte Rechtszustand dadurch wiedergegeben, daß der Richter auf Antrag des Unternehmers dem Einsprecher eine kurze Frist zur Anbringung einer Klage setzt, in welcher Letzterer ein den Einspruch rechtfertigendes Recht zu behaupten und zu beweisen hat. Vgl. Stölzel S. 534—536, Francke Arch. f. civ. Pr. XXII S. 379. — Uebrigens ist das hier Ausgeführte weit davon entfernt, allgemein anerkannt zu sein; vielmehr findet sich über die Bedeutung der Remission eine bunte Verschiedenheit der Ansichten. Vgl. die Nachweisungen bei Stölzel S. 271—291, Karlowa S. 65. 1) Im Wesentlichen stimmen mit dem hier Gesagten überein Hasse S. 615 fg., Francke Arch. f. civ. Pr. XXII S. 376 fg., Stölzel S. 166 fg. Wenn aber dieser letztere Schriftsteller (nach dem Vorgange von Wiederhold S. 111 fg.) hinzufügt, daß es dem Unternehmer verwehrt gewesen sei, in dem Remissionsproceß gegenüber dem an und für sich begründeten Verbietungsrecht des Einsprechenden ein etwaiges Gegenrecht geltend zu machen, so ist dieß nicht haltbar. Jedenfalls durfte der Unternehmer der Berufung auf das Eigenthumsrecht gegenüber sich auf eine Servitut berufen, weil, diese vorausgesetzt, ein ius

migung desselben Sicherheit gegeben wird[11]. Fährt der Unternehmer vor Aufhebung des Einspruches in seiner Thätigkeit fort, so ist er zur Wiederherstellung des früheren Zustandes und zum

---

prohibendi auf Seiten des Eigenthümers eben nicht vorhanden war (Schmidt VJSchr. S. 294 fg., Karlowa S. 76. 77), und es ist nicht abzusehen, warum der Praetor die Einrückung einer exceptio zum Zweck der Geltendmachung einer obligatorischen Gestattung oder eines sonstigen Gegenrechtes hätte verweigern sollen. Aus l. 8 §. 4 D. h. t., auf welche sich Stölzel beruft, geht allerdings hervor, daß nach ertheilter Remission möglicherweise das ius aedificandi noch in Frage stehen konnte; aber Remission wurde auch nicht bloß wegen materieller Unbegründetheit des Einspruches ertheilt (Note 10. 11); und wie, wenn der Einsprechende sich dem Remissionsdecret gefügt hatte? 2) Andere lassen in dem Remissionsverfahren die Frage der materiellen Begründetheit des Einspruches nur provisorisch, auf Grund summarischer Cognition, entschieden werden, und behalten dem Unterliegenden ein künftiges Petitorium vor. S. die bei Stölzel S. 273. 274, Karlowa S. 65 Note 18 Genannten, ferner Hesse Einspruchsrecht S. 130 fg., vgl. dens. Rechtsverhältnisse rc. S. 94. 3) Noch Andere schließen die Frage nach der materiellen Begründetheit des Einspruchsrechtes aus dem Remissionsverfahren ganz aus. Dabei finden sich noch verschiedene Auffassungen, welche aber zum Theil mit einander combinirt werden. a) Die Remission werde ertheilt wegen formaler Mängel des Einspruches oder wegen späterer Entkräftigung desselben (s. im Text Nr. 3). Vangerow S. 553, Schmidt Zeitschr. S. 39. 40, Rudorff S. 139. 140; dagegen Karlowa S. 60 fg. b) Sie werde ertheilt auf Grund der geleisteten Caution. So Schmidt Zeitschr. S. 40 fg. VJSchr. S. 301, welcher Schriftsteller die Bedeutung der Nuntiation eben darin sieht, daß durch dieselbe die Leistung der Caution indirect habe sollen erzwungen werden. Dagegen Rudorff S. 142, Stölzel S. 284 fg., Karlowa S. 66 fg. c) Die Remission werde ohne Weiteres ertheilt, so daß der Unternehmer sofort in seiner Thätigkeit fortfahren dürfe, bis der Einsprechende ihm sein Einspruchsrecht bewiesen habe (im Petitorium: Rudorff S. 140, — im interd. demolitorium: Karlowa S. 65 fg., Baron S. 519 fg., welche letztere Schriftsteller sich noch dadurch unterscheiden, daß Jener den Gegenbeweis eines ius aedificandi zuläßt, Dieser nicht). Vgl. auch Donellus comm. de iure civ. lib. XV c. 46 not. 18.

[10] L. 5 §. 14 D. h. t. Allerdings sagt die Stelle nicht, daß die Folge der Eidesverweigerung Remission sei, und es läßt sich nicht wohl bestreiten, daß die Eidesverweigerung auch ohne Remission dem int. demolitorium gegenüber geltend gemacht werden könne. Aber das Nächstliegende ist es doch, daß der Richter bei der Eidesauflage sogleich das Präjudiz der Remission hinzufügt. Vgl. Stölzel S. 238 fg., Karlowa S. 60. 61.

[11] L. 5 §. 18 D. h. t. „Qui procuratorio nomine nuntiaverit, si non satisdabit, eam rem dominum ratam habiturum, nuntiatio omnimodo re-

Schadensersatz verpflichtet[12], ohne jetzt die Frage der materiellen Berechtigung zur Sprache bringen zu dürfen[13].

b) Auch durch Sicherheitsleistung[14] kann in diesem Fall der Unternehmer sich nicht sofort das Recht zur Fortsetzung seiner Thätigkeit erkaufen, sondern muß dem Gegner 3 Monate zur Ausführung seines Verbietungsrechtes lassen[15]. Von der anderen

---

mittitur, etiamsi verus sit procurator". Stölzel S. 246. Ueber l. 13 pr. §. 1 f. Vangerow S. 549, Stölzel S. 247. 248.

[12] S. g. interdictum demolitorium, l. 20 pr. — §. 8 D. h. t. Hasse S. 595 fg., Schmidt Zeitschr. S. 32 fg., Rudorff S. 131 fg., Stölzel S. 210 fg., Baron S. 528 fg. Der Anspruch verjährt in der gewöhnlichen Zeit, l. 20 §. 6 D. h. t. Dagegen gelten für die Verhaftung der Erben, wie beim interd. q. v. a. cl., die Grundsätze von den Delictsansprüchen (§. 359 Note 2; römisches Recht: l. 20 §. 8 l. 22 D. h. t.). In welchem Sinne man hier von einem Delictsanspruche (l. 22 cit.: poena) gegenüber l. 1 §. 5 l. 10. 11 D. h. t. reden könne, darüber f. Stölzel S. 217 fg. Ein Anspruch gegen den dritten unschuldigen Besitzer, wie beim interd. q. v. a. cl., ist hier nicht bezeugt; l. 22 D. h. t. handelt nur vom Erben; dawider spricht l. 5 §. 5 l. 18 D. h. t., und eher dawider als dafür l. 3 §. 3 D. de al. iud. mut. c. 4. 7 in Verbindung mit §. 2 und §. 4 eod. Stölzel S. 214 fg., Baron S. 529; anders Hasse S. 600 fg., Vangerow S. 552, Schmidt Zeitschr. S. 37.

[13] L. 20 pr. §. 1. 3. 4 l. 1 pr. §. 7 D. h. t. Hasse S. 607, Vangerow S. 552, und nach ihnen Karlowa S. 62 fg. (vgl. auch die Angaben bei Stölzel S. 540. 541), stellen die Behauptung auf, in dem interd. demolitorium müsse der Einsprechende jedenfalls beweisen, daß er ein Recht habe, das Grundstück, für welches der Einspruch erhoben worden sei, zu vertreten. Die dafür von Karlowa beigebrachten Gründe sind nicht überzeugend. S. auch Stölzel S. 227.

[14] Dieselbe muß auch hier, wie beim interdictum q. v. a. cl., regelmäßig durch Bürgschaft erfolgen; bloßes Versprechen genügt nur in dem Falle, wo die Bauthätigkeit auf einem öffentlichen Grundstück vorgenommen wird, l. 8 §. 3 D. h. t., l. 1 §. 6 D. de stip. praet. 46. 5. Vgl. überhaupt l. 5 §. 17 l. 8 §. 3. 4 l. 12 l. 20 pr. §. 1. 9. 13 l. 21 D. h. t., l. 2 §. 1 D. de stip. praet. 46. 5, l. un. C. h. t. Hasse S. 620, Schmidt Zeitschr. S. 22 fg., Rudorff S. 143 fg., Schmidt Jahrb. S. 215 fg., Stölzel S. 105 fg., Schirmer praetorische Judicialstipulationen S. 85 fg., Ubbelohde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII. 5 und Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 99 fg., Karlowa S. 82 fg., Hesse Einspruchsrecht S. 143 fg. — Wenn zum Zwecke der Erlangung von Sicherheit für Ersatz befürchteten Schadens Einspruch erhoben wird, so wird natürlich das Recht zur Fortsetzung der Bauthätigkeit durch Leistung dieser Sicherheit erlangt.

[15] So, in Abänderung des bis dahin geltenden Rechtes, Justinian in l.

Seite wird er aber auch, wenn er Sicherheit geleistet, oder der Gegner die angebotene nicht angenommen hat, nach dieser Zeit in der Fortsetzung seiner Thätigkeit richterlich geschützt[16].

3. Der Einspruch verliert auch abgesehen von dem Fall der richterlichen Aufhebung seine Kraft durch den Tod des Einsprechenden und durch die Veräußerung des Grundstückes, für welchen er erhoben worden ist[17]. Er bewährt nicht seine Kraft gegenüber einer Thätigkeit, welche im öffentlichen Interesse liegt, oder bei welcher Gefahr im Verzuge ist[18]. —

Ein Einspruch, welcher nach den hier dargestellten Grundsätzen zu wirken nicht im Stande ist, behält immer diejenigen Wirkungen, welche ihm nach §. 465 zukommen[19].[20] —

---

un. C. h. t. (wiederholt in c. 3. 4 X. de op. novi nunt. 5. 32). Ob nicht die l. un. C. cit. anders gedeutet werden kann, so daß das alte Cautionsrecht neben ihr fortbestehen würde? Hasse S. 619. 622 (dawider Vangerow S. 555, wo aber Hasse's Meinung nicht vollständig referirt ist), Schmidt Jahrb. S. 222 fg. (dawider Arndts §. 330 Anm. 5, Karlowa S. 81), Stölzel S. 314 fg. Seuff. Arch. VII. 44. S. noch die Angaben bei Stölzel S. 528—533.

[16] Aber unter allen Umständen nur, wenn er Sicherheit durch Bürgschaft geleistet hat. L. 20 §. 9—15 D. h. t., l. 5 §. 20 l. 6. 7 pr. eod. Stölzel S. 111 fg.

[17] L. 8 §. 6 D. h. t. Anders beim interdictum q. v. a. cl., l. 13 §. 5 i. f. l. 11 §. 9 D. quod vi aut cl. 43. 24. Dagegen wirkt der Einspruch gegen den Erben und Sondernachfolger des Unternehmers fort, — vorausgesetzt daß er diesen Personen bekannt geworden ist. L. 8 §. 7 l. 23 D. h. t. vgl. mit l. 20 §. 3 D. quod vi aut cl. 43. 24. Ueber l. 3 §. 3 D. de al. iud. mut. c. 4. 7 s. Hasse S. 603 fg., Vangerow S. 551, Stölzel S. 224 fg., Hesse Einspruchsrecht S. 111 fg. — Im classischen römischen Recht erlosch die Wirkung der operis novi nunt. auch durch Ablauf eines Jahres, l. un. C. h. t. Vgl. Karlowa S. 80 fg. Daß ihre Wirkung durch Vertrag der Parteien aufgehoben wird (l. 1 §. 10 D. h. t.), versteht sich von selbst.

[18] L. 5 §. 11—13 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. V. 28. f.

[19] Daß eine gültige operis novi nunt. auch das interdictum q. v. a. cl. erzeuge, sagt ausdrücklich l. 7 §. 2 D. quod vi aut cl. 43. 24. Es ist aber ferner nicht abzusehen, weßwegen eine ungültige deßwegen nicht als Verbot schlechthin wirken sollte, weil sie als qualificirtes Verbot zu wirken nicht im Stande ist. Seuff. Arch. XIX. 234.

[20] Man hat behauptet (von Neueren gehören hierher namentlich Sintenis S. 753 Anm. Col. 2, Stölzel S. 353. 527. 550), die operis novi nunt. habe nach römischem Recht, um als solche zu wirken, durch ihre Form, oder durch ihren Wortausdruck (nuntiare), sich von einem gewöhnlichen Ver-

G. Verletzung der Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen.

§. 467.

Die Privatansprüche, welche das römische Recht aus der Verletzung dieser Vorschriften entstehen läßt, haben zwar heutzutage durch die weitere Ausdehnung des polizeilichen Schutzes zum großen Theil ihre Bedeutung verloren[1]; principiell darf aber ihre Anwendbarkeit nicht bestritten werden[2].

---

bote unterscheiden müssen; da nun das heutige Rechtsleben eine entsprechende Form oder einen entsprechenden Wortausdruck nicht mehr kenne, so sei eben deßwegen die römische Theorie von der operis novi nunt. unanwendbar. Aber die erwähnte Behauptung ist vollkommen unbewiesen. Es mag sein, daß die Römer für das Bauverbot eine hergebrachte Formel gehabt haben, — was Niemand weiß; jedenfalls machen unsere Quellen die eigenthümlichen Wirkungen des Bauverbotes von dem Gebrauch dieser Formel nirgends abhängig, und diese eigenthümlichen Wirkungen treten daher überall ein, wo die materiellen Voraussetzungen vorhanden sind, welche für die operis novi nunt. verlangt werden. — Man hat die heutige Anwendbarkeit der römischen Theorie von der operis novi nunt. auch deßwegen bestritten, weil man behauptet, die operis novi nunt. sei im heutigen Rechtsleben durch ein vom Richter zu erwirkendes provisorisches Inhibitionsdecret verdrängt worden; so namentlich Zimmermann, Sintenis, Hesse. Aber ein abschaffendes Gewohnheitsrecht ist so wenig nachweisbar, daß allein das Seuffert'sche Archiv eine ganze Reihe von Erkenntnissen enthält, in denen die operis novi nunt. als praktisches Rechtsinstitut behandelt wird (III. 58. 174, V. 28. 78, VII. 44. 45, IX. 161, XIV. 139, XV. 226, XIX. 234), theilweise unter ausdrücklicher Verwerfung der entgegengesetzten Ansicht (III. 58, IX. 131), und kein einziges, in welchem die letztere anerkannt würde (XVIII. 139?). S. auch die Ausführung bei Stölzel S. 536 fg.

[1] Darauf, daß diese Ansprüche nur Aushülfe bei Ermangelung polizeilichen Schutzes sein sollen, weisen die Quellen selbst hin. L. 2 §. 17. 24. 25 D. ne quid in loco publ. 43. 8. S. auch Dig. 43. 10 de via publica et si quid in ea factum esse dicetur. §. 467.

[2] Vgl. Puchta §. 35[a] i. A., Sintenis I S. 413, Bruns Zeitschr. f. RG. III S. 410, Rechtssprüche und Gutachten der Juristenfacultät zu Rostock (Berlin 1846) S. 152. 153. Anwendungsfälle aus Seuffert's Archiv: V. 27. 134, VIII. 261, IX. 161. 293, X. 166. 167. 168, XIV. 38, XVII. 99. 224. 246. S. ferner die citirten Rechtssprüche ꝛc. Nr. 8. — Nur soweit das römische Recht aus der Verletzung dieser Vorschriften einen Anspruch auch dem dadurch nicht Benachtheiligten gewährte (Bruns Zeitschr. f. RG. III S. 388

1. Vorrichtung auf einem öffentlichen Grundstück zum Nachtheil eines Andern[3]. Derjenige, welcher durch die Vorrichtung benachtheiligt wird, kann gegen die Errichtung derselben ein gerichtliches Verbot auswirken, und hat einen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, wenn gegen das Verbot fortgefahren wird[4]. — Wer die Nutzungen eines öffentlichen Grundstückes gepachtet hat, hat gegen denjenigen, welcher ihn in dem ihm zuständigen Gebrauch stört, einen Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz[4a].

---

fg.), ist es heutzutage unanwendbar (§. 326 Note 6). Hiermit ist auch die heutige Anwendbarkeit des interdictum ne quid in loco sacro fiat (Dig. 43. 6) beseitigt (vgl. I §. 147 zu Note 4). — Daß in den hierher gehörigen Fällen unter Umständen auch Schutz durch die operis novi nunt. und das interdictum q. v. a. cl. erlangt werden kann, ist bereits gesagt worden (§. 465 Note 6, §. 466 Note 7).

[3] L. 2 pr. — §. 19 l. 6. 7 D. ne quid in loco publ. 43. 8. Unterholzner II S. 186—188, Heimbach im Rechtslexicon V. S. 591—593, Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXXII S. 201—208, Stölzel Jahrb. f. Dogm. VI S. 156 fg. Ueber den Begriff der „Vorrichtung" (römisch: „facere immittere") vgl. Schmidt (von Ilmenau) Zeitschr. f. gesch. RW. XV S. 60—62.

[4] L. 7 D. h. t. Ohne vorherige Erwirkung eines gerichtlichen Verbotes hat er einen Anspruch auf Wiederherstellung (nach diesem Rechtssatz, aber s. auch Note 2 a. E.) nicht. L. 2 pr. D. h. t. „DE EO QUOD FACTUM ERIT, INTERDICTUM NON DABO". L. 2 §. 17 eod. Vgl. Schmidt Interdictenverfahren S. 332. 333, auch S. 59. 60; Buchka und Budde Entscheidungen V S. 136. Anders die in Note 2 citirten Rechtssprüche 2c. S. 153. 154. Stölzel a. a. O. beschränkt den angeführten Satz auf Grund von l. 2 §. 17 cit. mit Unrecht auf Bauten. — Es kann auch der Richter Caution wegen Nichtfortsetzung der Thätigkeit auferlegen (l. 2 §. 18 D. h. t., vgl. übrigens Schmidt Interdictenverfahren S. 278. 279. 329), heutzutage: die Fortsetzung bei Strafe verbieten. — Wie ist es, wenn die Vorrichtung von einer öffentlichen Behörde ausgeht? Zimmermann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 3, Hesse Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn II S. 131 fg. Seuff. Arch. V. 27. 134, X. 166, XVIII. 141. Buchka u. Budde Entscheidungen V S. 287—296.

[4a] Dig. 43. 9 de loco publico fruendo. L. 1 pr. tit. cit.: — „vim fieri veto". Nach classischem römischen Recht entstand also ein Schadensersatzanspruch erst aus den nach Auswirkung des Interdicts vorgenommenen Handlungen. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 55. 328 fg. (I §. 159 Note 3). S. auch l. 1 §. 7 D. ut in fl. publ. 43. 14. Anwendungsfälle in Seuff. Arch. VIII. 261, XVII. 224.

2. Vorrichtung auf einem öffentlichen Wege, durch welche derselbe schlechter wird. Der dadurch Benachtheiligte hat einen Anspruch gegen den Thäter auf Wiederherstellung und Schadensersatz, gegen den dritten unschuldigen Besitzer auf Gestattung eigener Wiederherstellung[5].

3. Störung in dem Gebrauch oder in der Ausbesserung eines öffentlichen Weges. Anspruch für den Benachtheiligten auf Unterlassung der Störung und Schadensersatz[6].

4. Vorrichtung in einem öffentlichen fließenden Gewässer oder auf dessen Ufer, durch welche Vorrichtung die Schifffahrt beeinträchtigt wird. Wie bei Nr. 2[7].

---

[5] L. 2 §. 20—44 D. ne quid in loco publ. 43. 8. Unterholzner II S. 189—191, Heimbach im Rechtslex. V S. 593—595, Reinhard a. a. O. S. 208—212. Das praetorische Edict stellte für diesen Fall ein doppeltes Interdict auf, ein prohibitorisches (l. 2 cit. §. 20—34), und ein restitutorisches (l. 2 cit. §. 35—44). Im Justinianischen Recht setzt auch das erste Interdict nicht mehr vorgängige Erwirkung eines richterlichen Verbotes voraus, ist also ebenfalls restitutorisch geworden; doch hat neben demselben das restitutorische Interdict immer noch Bedeutung wegen seiner Richtung gegen den dritten Besitzer. L. 2 cit. §. 37. 38. 43. Ueber die Anwendbarkeit des restitutorischen Interdictes gegen den nicht mehr besitzenden Errichter s. das. §. 39. 40. 42. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 328—331. Beide Interdicte beziehen sich übrigens nicht auf Stadtstraßen, l. 2 cit. §. 24. 36. S. auf der anderen Seite l. 3 pr. de loc. et itiner. publ. 43. 7 und Seuff. Arch. XIX. 235.

[6] L. 2 §. 45 D. ne quid in loco publ. 43. 8, Dig. 43. 11 de via publica et itinere publico (beide Male: „vim fieri veto", vgl. Note 5). Unterholzner II §. 382. 412, Heimbach im Rechtslex. V S. 595—596. 585—586, Reinhard a. a. O. S. 212—214.

[7] L. 1 D. de fluminibus 43. 12. Unterholzner II §. 403. 404, Heimbach im Rechtslexicon V S. 543 fg. Auch hier stellte der Praetor ein doppeltes Interdict auf, ein prohibitorisches und ein restitutorisches, vgl. Note 5. Daß der dritte unschuldige Besitzer nur auf patientia restituendi hafte, ist hier nicht ausdrücklich bezeugt, aber deßwegen nicht weniger sicher. Vgl. Schmidt Zeitschr. f. gesch. RW. XV S. 64. Interdictenverf. S. 37. Eine Beeinträchtigung der Schifffahrt liegt auch in der Beeinträchtigung der „statio", d. h. desjenigen, „locus . . ubicunque naves tuto stare possunt", l. 1 cit. §. 13. Welche fließende Gewässer öffentliche Gewässer seien, darüber I §. 146 Nr. 3. Analoge Ausdehnung auf Anlagen im Meere, l. 1 cit. §. 17. Bei Anlagen in nicht schiffbaren öffentlichen Gewässern hat der dadurch Benachtheiligte nur einen Anspruch auf patientia restituendi, l. 1 cit. §. 12. 18. Vgl. Seuff. Arch. IX. 161 Nr. 1; IX. 293.

5. Vorrichtung in einem öffentlichen fließenden Gewässer oder auf dessen Ufer, durch welche Vorrichtung der Lauf des Wassers im Verhältniß zum nächstvorhergehenden Sommer abgeändert wird. Ebenso[8].

6. Störung in der Benützung eines öffentlichen, fließenden oder sonstigen, Gewässers zur Schifffahrt oder zu einem sonstigen erlaubten Zweck; Störung in der bezeichneten Benützung der Ufer eines solchen Gewässers zum Zweck der Schifffahrt; Störung in der Wiederherstellung und Befestigung der Ufer eines solchen Gewässers. Wie bei Nr. 3[9].

7. Vorrichtung, durch welche ein öffentlicher Abzugsgraben verschlechtert wird. Wie bei Nr. 2[10].

H. Störung des Begräbnißrechtes.

§. 468.

Wer einen Andern unbefugter Weise an der Beerdigung

---

[8] Dig. 43. 13 ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit. Unterholzner §. 405. 406, Heimbach im Rechtslexic. V S. 589 fg. Auch hier enthielt das Edict zwei Interdicte, ein prohibitorisches und ein restitutorisches, vgl. Note 5. Eine Ausnahme gilt nach richterlichem Ermessen für den Fall, wo die Anlage den Schutz des Ufers zum Zweck hat, l. 1 §. 6 D. tit. cit. Vgl. auch §. 7 eod., wo die Schlußworte zu beachten sind: „sine iniuria utique accolarum". Seuff. Arch. IX. 161 Nr. 2. S. noch das. X. 167. 168, XVII. 246, XIX. 118. Buchka u. Budde Entscheidungen V S. 83—99.

[9] Dig. 43. 14 ut in flumine publico navigare liceat. Dig. 43. 15 de ripa munienda. Unterholzner II §. 386. 419, Heimbach im Rechtslex. V S. 625 fg. 570 fg. Fließendes oder sonstiges öffentliches Gewässer: lacus, fossa, stagnum, l. 1 pr. D. 43. 14. Benützung zu einem sonstigen erlaubten Zweck: l. 1 §. 8 D. 43. 14 nennt, gewiß nur beispielsweise, die Viehtränke. Im Edict war noch besonders vorgesehen der Fall, wo Jemand von der zuständigen Behörde das Recht der Wasserleitung aus einem öffentlichen Wasserbehälter (castellum) erlangt hat, l. 1 §. 38 sqq. D. de aq. quot. 43. 20. Benützung der Ufer eines solchen Gewässers: l. 1 pr. §. 8 D. 43. 14 nennt nur die ripa fluminis, kaum in ausschließendem Sinne. Auch Dig. 43. 15 spricht nur von ripa fluminis, und s. §. 6 eod.: „Illud notandum, quod ripae lacus, fossae, stagni muniendi nihil praetor hic cavit; sed idem erit observandum, quod in ripa fluminis munienda".

[10] L. 1 §. 15. 16 D. de cloac. 43. 23. Schmidt (von Ilmenau) Zeitschr. f. gesch. RW. XV S. 51—76.

eines Leichnams oder an der Errichtung eines Grabmals hindert, haftet auf Unterlassung der Störung und Schadensersatz[1]. Der Anspruch geht nicht auf die Erben des Berechtigten über, auf die Erben des Verpflichteten nach allgemeinen Grundsätzen[2].

I. Störung der Rechtshülfe.

§. 469.

1. Wer sich der Realisirung einer richterlichen Einweisung in den Besitz, gleichviel ob vor oder nach der Besitzergreifung, arglistigerweise widersetzt, haftet dem Eingewiesenen auf Zulassung und Schadensersatz[1]. Der Anspruch verjährt in einem Jahre (tauglicher Zeit), und verbindet die Erben nur nach den für die Delictsansprüche geltenden Grundsätzen; mit Ausnahme jedoch des Falles, wo die Einweisung zum Zweck der Sicherung des Vermächtnißnehmers erfolgt[2].

2. In gleicher Weise haftet derjenige, welcher eine Proceßpartei arglistigerweise am Erscheinen in einem gerichtlichen Termine verhindert, mag der dadurch Benachtheiligte der Verhinderte sein oder der Gegner[3]. — Außerdem gewährt das römische Recht gegen denjenigen, welcher einen Geladenen gewaltsam am Erscheinen vor Gericht verhindert, dem Ladenden binnen Jahresfrist einen Strafanspruch auf den Betrag seiner Klagforderung[4].

---

[1] Dig. 11. 8 de mortuo inferendo et sepulcro aedificando (interdictum prohibitorium). L. 9 D. de relig. 11. 7 (actio in factum). Vgl. l. 6 C. de sep. viol. 9. 19. Unterholzner II S. 168. 209. Heimbach im Rechtslex. V S. 563 fg. 573 fg. §. 468.

[2] L. 9 D. de relig. cit.: „Unde miror, quare constare videatur, neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem; nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur". Man hat diese Stelle dahin verstehen wollen, es werde durch sie der aufgestellte Satz mißbilligt (Heimbach S. 565), was offenbar ungerechtfertigt ist. Vgl. §. 359 Note 11 u. 16.

[1] Dig. 43. 4 ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit. Unterholzner II §. 373. 712. Bachofen Pfandrecht S. 467—475. §. 469.

[2] L. 1 §. 8 D. h. t.; §. 359 Nr. 2.

[3] Dig. 2. 10 de eo per quem factum erit, quominus quis in iudicio sistat., Glück III S. 485 fg., Unterholzner II §. 709.

[4] Dig. 2. 7 ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat. Glück III

3. Auf Schadensersatz haftet auch derjenige, welcher eine Sache in der Absicht veräußert, um einem Andern die Verfolgung seines Rechtes zu schmälern[5]. Verjährung und Vererblichkeit des Anspruches wie bei Nr. 1[6].

K. Verletzung der Amtspflicht.

§. 470.

Aus der Verletzung der Amtspflicht entsteht ein Schadensersatzanspruch für den Beschädigten dann, wenn dieser Verletzung Arglist oder grobe Nachlässigkeit zu Grunde liegt. Dieß gilt namentlich für die Thätigkeit des Richters bei Fällung eines Urtheiles[1]; es gilt aber ferner auch für jede andere Thätigkeit

---

S. 421 fg., Unterholzner II §. 726. Die Strafnatur des Anspruches ergibt sich aus l. 5 §. 1 l. 6 D. h. t. Für die heutige Anwendbarkeit dieses Anspruches muß die Ansicht maßgebend sein, welche man über die heutige Anwendbarkeit der römischen Privatstrafen überhaupt hat (§. 326).

[5] Dig. 4. 7 Cod. 2. 55 de alienatione iudicii mutandi causa. Unterholzner II §. 342. 134. Veräußerung: l. 3 §. 1 l. 4 §. 2. 4 l. 8 §. 2 — l. 10 pr. l. 11 D. h. t.; l. 10 §. 1 eod. Böse Absicht: l. 1 §. 1 — l. 3 §. 3 l. 3 §. 5 l. 4 pr. l. 12 D. h. t. Schadensersatz: l. 3 §. 4. 5 l. 8 pr. D. h. t.; s. auch l. 12 pr. D. h. t. (vgl. Sintenis II §. 124. Anm. 24). Verhältniß zu dem Satze, daß der Nichtbesitzer als Besitzer haftet, si dolo desiit possidere: l. 4 §. 1 D. h. t. (vgl. I §. 193 Note 8, aber auch Francke Commentar zum Pandektentitel de her. pet. S. 149. 270). In integrum restitutio wegen alienatio iudicii mutandi causa? S. I §. 116 Note 2 g. E.

[6] L. 4 §. 6 — l. 7 D. h. t. in Verbindung mit §. 359 Nr. 2

§. 470. [1] Die Klage gegen den ein ungerechtes Urtheil fällenden Richter hat man im Mittelalter Syndicatsklage genannt. S. über die Benennung Schilter Exerc. ad Pand. X §. 60, G. L. Böhmer Electa iur. civ. II exerc. 4 c. I §. 14, — und über die Sache die Abhandlungen von: G. Weber Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 1 (1834), Strippelmann Neue Sammlung ꝛc. III S. 289 fg. (1845), Schwarze Zeitschr. f. RPflege u. Verw. zunächst f. d. KR. Sachen N. F. XI S. 113 fg. XII S. 289 fg. XVIII S. 193 fg. (1853. 1854. 1859), Schlayer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII S. 128 fg. (1856); ferner Unterholzner II §. 698—700, Sintenis II S. 766—773, Bayer Civilproc. S. 275—281, Heffter Civilproc. §. 91, Wetzell Civilproc. §. 36 Note 14. — Das Recht der Syndicatsklage ist äußerst bestritten. Und zunächst fragt es sich, ob der Richter in der That auch wegen grober Nachlässigkeit, und nicht bloß wegen Arglist, oder ob er umgekehrt nicht bloß wegen grober, sondern auch wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit in Anspruch genommen

des Richters, bei Ausübung der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit;[2] und ebenso gilt es für die amtliche Thätigkeit eines

werden kann. Das Material der Entscheidung ist folgendes. a) Das römische Recht gibt einen Anspruch gegen den Richter nicht bloß wegen dolus, sondern auch wegen „imprudentia" (l. 15 §. 1 l. 16 D. de iud. 5. 1, l. 2 C. de poena iud. 7. 49, — l. 5 §. 4 D. de O. et A. 44. 7, l. 6 C. de extr. cogn. 50. 13, pr. I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5), im ersten Fall auf „vera aestimatio litis", im zweiten Fall auf „quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit". Ein Widerspruch zwischen den angeführten Stellen ist in der Sache nicht, und nur im Ausdruck insofern vorhanden, als sie die Bezeichnung: litem suam facere zum Theil auf den Fall des dolus beschränken, zum Theil auf den Fall der imprudentia erstrecken. Auch in andern Stellen des römischen Rechtes wird ein Anspruch gegen den Richter wegen Pflichtverletzung überhaupt, nicht blos wegen doloser Pflichtverletzung anerkannt. Dig. 27. 8 de magistratibus conveniendis, l. 4 §. 7 D. de damno inf. 39. 2, l. 29 C. de pact. 2. 3, l. 13 §. 6 C. de iud. 3. 1, l. 19 C. de test. 4. 20. b) Durch die K.G.O. von 1555 Thl. III Tit. 53 §. 4. 5. 6. 10 ist aber die Syndicatsklage ausdrücklich auf den Fall der Arglist beschränkt worden, s. auch J. R. A. §. 157. Man hat dieß geleugnet mit Berufung auf die Worte des §. 6 cit.: „oder anderer dergleichen Ursachen", welche von culpa lata zu verstehen seien (Sintenis S. 770 in der Anm.); diese Behauptung, obgleich, wie es scheint, in dem Urtheile bei Seuff. Arch. XIV. 140 einfach adoptirt, ist kaum begreiflich. Von Anderen sind andere Wege eingeschlagen worden, um der reichsgesetzlichen Bestimmung gegenüber eine weiter gehende Verhaftung des Richters zu rechtfertigen. Heffter a. a. O. leugnet, daß durch die reichsgesetzliche Bestimmung gemeines Recht begründet worden sei; — man wird sich, wenn man dieß annimmt, entschließen müssen, die K. G. O. überhaupt nicht als Quelle des gemeinen Rechtes anzusehen. Man hat sodann gesagt, dem dolus stehe die lata culpa gleich (Wetzell a. a. O.). Dieser letztere Weg führt m. E. zum Ziel. Zwar halte ich den allgemeinen Satz, daß lata culpa dem dolus auch außerhalb contractlicher oder sonst begründeter obligatorischer Verhältnisse in allen Fällen gleichzustellen sei, für äußerst bedenklich (vgl. I §. 101 Note 10 a. E.); aber gerade für den vorliegenden Fall findet derselbe einen Anhalt in den Bestimmungen des römischen Rechtes über den mensor. Das römische Recht faßt die Stellung des mensor ebenso auf, wie die des Richters; es wird nach römischer Anschauung mit dem mensor ebenso wenig ein Contract geschlossen, wie mit dem Richter (§. 404 Note 4). Deßwegen läßt das römische Recht den mensor zunächst nur für dolus haften. L. 1 §. 1 D. si mens. 11. 6. „Haec actio dolum malum dumtaxat exigit; visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est . .". Dann aber wird hinzugefügt: „Lata culpa plane dolo comparabitur". Für die hier vertretene Meinung sind (im Resultat) außer Wetzell: Sintenis a. a. O., Arndts §. 338, Pfeiffer prakt. Ausführungen II S.

jeden andern nicht richterlichen Beamten[2]. Aus der Verletzung der obervormundschaftlichen Amtspflicht wird ausnahmsweise schon

365, so wie das OAG. zu Lübeck bei Kierulff Entscheidungen ꝛc. II S. 650 fg.; für die Beschränkung der Verhaftung auf dolus: Weber (welcher aber diese Beschränkung bereits im römischen Recht begründet findet), Strippelmann (S. 311, s. aber auch S. 316), Schwarze (XI S. 133, s. aber auch S. 141), Schlayer, Unterholzner, Bayer. Umgekehrt sind für die Erstreckung der Verhaftung auf omnis culpa (welche nach dem Gesagten gar keinen Anhalt hat) die bei Sintenis S. 768 in der Anm. Genannten. — Man streitet ferner darüber, ob die Syndicatsklage subsidiarisch sei, oder nicht, d. h. ob sie voraussetze, daß die zu Gebote stehenden Rechtsmittel gegen das Urtheil angewendet worden seien, und ob sie demnach wegfalle, wenn die unterliegende Partei sich in dieser Beziehung ein Versäumniß habe zu Schulden kommen lassen. Für die Bejahung dieser Frage sind: Weber S. 36 fg., Strippelmann S. 346 fg., Schwarze XII S. 292 fg., Unterholzner §. 698. k; für die Verneinung: Heffter S. 98, Bayer S. 280, Sintenis S. 772 in der Anm., Zachariä deutsches Staats- und Bundesrecht II §. 140 a. E., Seuff. Arch. XIV. 140. Ich glaube nicht, daß die Bejahung gerechtfertigt ist. Die Frage reducirt sich auf die andere Frage: ob ein Schaden deßwegen weniger vorhanden ist, weil Wiederaufhebung der beschädigenden Thatsache verlangt werden kann, — und diese Frage muß verneint werden. Man hat sich für das Gegentheil auf l. 3 §. 2. 3 D. si mens. 11. 6 berufen. Aber diese Stelle will nur sagen, daß derjenige, welcher Eigenthum verloren und dafür einen obligatorischen Anspruch erworben hat, effectiv noch nicht ärmer geworden sei, indem sie nämlich voraussetzt, daß der Anspruch sich ohne Mühe oder sonstige Aufopferung werde realisiren lassen. Wäre dem Verfasser der Stelle die Frage vorgelegt worden, ob der Beschädigte, wenn er die mit der Realisirung des Anspruches verbundenen Aufopferungen nicht übernehmen wolle, nicht gegen Abtretung seines Anspruches sofort Schadensersatz begehren könne, so würde er sich gewiß nicht bedacht haben, diese Frage zu bejahen. Will man, was die vorliegende Frage betrifft, weit gehen, so wird man vielleicht dem belangten Richter das Recht einräumen können, von der beschädigten Partei zu verlangen, daß dieselbe gegen Vorschuß der nöthigen Kosten ihrerseits den Rechtsweg beschreite. In keinem Falle aber wird man dem Richter das Recht geben dürfen, sich darauf zu berufen, daß die Partei die Benützung eines ihr zu Gebote stehenden Rechtsmittels versäumt habe. Anders dann, wenn die Partei das Rechtsmittel nicht versäumt, sondern freiwillig von demselben keinen Gebrauch gemacht hat; sie hat dann das Urtheil anerkannt. — Ueber den Fall, wo das Urtheil von einem Richtercollegium gesprochen worden ist, s. v. Langenn und Kori Erörterungen prakt. Rechtsfragen II Nr. 3, Schwarze a. a. O. Bd. XVIII, Sintenis Anm. 39, und vgl. auch §. 445 Note 7. 8; Seuff. Arch. V. 298, XI. 252, XIV. 140.

[2] Nach der Analogie der Syndicatsklage und der Bestimmungen über den mensor.

wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit ein Anspruch gewährt[3]. Neben dem Beamten haftet auch der Staat, welcher ihn angestellt hat[4]. —

Das Gesagte gilt nur für die eigentlichen Beamten, d. h. für diejenigen Personen, welche berufen sind, als Organe der Staatsordnung in deren Namen thätig zu werden. Personen dagegen, welche auf Grund einer staatlichen Concession, Approbation, Anstellung dem Publicum ihre Dienste darbieten, haften demjenigen, welcher ihre Dienste nachsucht, nach den Grundsätzen des Vertrages, also für alle Nachlässigkeit[5], Dritten für Arglist und grobe Nachlässigkeit[6]. Der Staat haftet für ihre Verschuldung nicht[7].

[3] S. §. 445 Note 3. — Die Praxis zeigt eine entschiedene Neigung, einen jeden Beamten, richterlichen oder sonstigen, abgesehen von dem Falle des unrechtmäßigen Urtheils, für omnis culpa haften zu lassen. Seuff. Arch. I. 166, II. 54, III. 326. 327, V. 135. 174. 287, VII. 321, X. 51, XIV. 140, XV. 189, XVI. 113, XVII. 120. 123, XX. 38, XXI. 57.

[4] Der Beamte handelt, vorausgesetzt daß er innerhalb seiner Competenz thätig wird, im Namen des Staates; es handelt durch ihn der Staat. Deßwegen haftet der Staat nicht etwa nur subsidiarisch neben dem Beamten. So auch Pfeiffer prakt. Erörterungen II Nr. 12, Zachariä deutsches Staats- u. Bundesrecht II §. 140 Nr. I. B. 3. Ausg. (1867) und Zeitschr. f. d. gesammte Staatswissenschaft XIX S. 582 fg. (1863); ferner die Urtheile bei Seuff. Arch. I. 166, II. 54. 159 (vgl. VI. 199), V. 281 Nr. 2, VII. 321, XVII. 145. Anders V. 281 Nr. 1: der Staat haftet nur subsidiarisch, und nur wegen culpa in eligendo; V. 174: der Staat haftet nur subsidiarisch, es müßte ihn denn eine culpa in eligendo treffen. — Pfeiffer a. a. O. will den Staat nicht haften lassen aus der eigentlich richterlichen (rechtsprechenden) Thätigkeit des Beamten; ebenso in den früheren Ausgaben seines Lehrbuches Zachariä, vgl. noch Seuff. Arch. III. 327, VII. 382. Ich halte diese Ausnahme nicht für begründet. — Unter allen Umständen aber wird der Staat so lange nicht in Anspruch genommen werden können, als noch Mittel, Wiederaufhebung der betreffenden Verfügung zu erlangen, zu Gebote stehen; vorher liegt eine definitive Handlung des Staates nicht vor. Ist ein solches Mittel durch die Schuld des Betheiligten verloren gegangen, so haftet der Staat gar nicht. — Mit der in dieser Note besprochenen Frage hat sich jetzt auch der deutsche Juristentag befaßt. S. die Verhandlungen des 6. Juristentags I S. 45 fg. 323 fg.

[5] S. §. 404 Note 3.

[6] Nach der Analogie des mensor, dessen Recht in dieser Beziehung noch anwendbar ist. S. l. 3 §. 1 D. si mensor 11. 6. „Competit autem haec actio ei, cuius interfuit, falsum modum renuntiatum non esse, hoc est

L. Ungerechter Prozeß.*

§. 471.

Wenn sich Jemand etwas geben läßt[1], um einen ungerechten Proceß zu führen, oder von demselben abzustehen[2], so hat der Bedrohte einen Anspruch gegen ihn auf Herausgabe des Empfangenen, und zwar binnen eines Jahres tauglicher Zeit in vierfachem Betrage[3]. Der Erbe des Empfängers haftet sofort nur auf das Einfache[4]; der Erbe des Berechtigten hat den Anspruch gar nicht[5]. — Außerdem unterliegt das Gegebene der Rückforderung nach den Regeln von der Rückforderung des zu einem unerlaubten Zwecke Gegebenen[6].

---

vel emtori vel venditori, cui renuntiatio obfuit". S. ferner l. 3 §. 4 eod. (der mensor wird vom Richter zugezogen).

[7] Auch nicht für culpa in eligendo, da der Staat zu dem Publicum in keinem contractlichen oder sonst obligatorischen Verhältniß steht. A. M. Pfeiffer a. a. O. S. 362. 363.

* Dig. 3. 6 de calumniatoribus. — Unterholzner II §. 728.

§. 471. [1] L. 1 §. 4 l. 2 l. 3 pr. D. h. t.

[2] Als Kläger oder auch als Beklagter. Ueber den letzteren Fall s. l. 7 §. 2 D. h. t. Civil- oder Criminalproceß: l. 1 §. 1 l. 8 D. h. t.

[3] L. 1 pr. l. 3 §. 1. 3 l. 7 pr. §. 1 D. h. t. Annus utilis: l. 6 D. h. t. Für die heutige Anwendbarkeit dieses Strafzusatzes (vgl. §. 326) sind Schilter (exerc. 10 §. 74), Stryk (ad h. t. §. 2), Leyser (spec. LVI med. 1. 2).

[4] L. 5 pr. D. h. t.

[5] L. 4 D. h. t. Der Gesichtspunkt der persönlichen Kränkung macht sich auch geltend in l. 7 §. 1 D. h. t.

[6] S. §. 423 Note 5, §. 428 Note 9. 11. — Man unterscheide: a) der Bedrohte hat gegeben, damit der Proceß nicht geführt werde. Es steht ihm sowohl actio calumniae, als condictio ob turpem causam zu (l. 4 D. h. t.), so jedoch daß sowohl die erstere die letztere, als auch die letztere die erstere, und zwar selbst in Betreff des Strafzusatzes, ausschließt, l. 5 §. 1 D. h. t. (s. über diese Stelle Vangerow III §. 697 und die daselbst Citirten). b) Ein Dritter hat gegeben, damit der Proceß nicht geführt werde. Der Dritte hat die condictio, der Bedrohte die actio calumniae, l. 7 pr. §. 1 D. h. t. c) Ein Dritter hat gegeben, damit der Proceß geführt werde. Die condictio fällt weg, der Bedrohte hat die actio calumniae, l. 3 §. 3 D. h. t.

M. Injurie (Beleidigung)*.

§. 472.

Injurie ist jede rechtswidrige Handlung, welche den Ausdruck einer Mißachtung der fremden Persönlichkeit enthält[1]. Aus der Injurie entsteht für den Gekränkten ein Strafanspruch auf Leistung einer Geldsumme, deren Höhe er selbst ansetzen, der Richter aber ermäßigen kann[2]. Der Anspruch verjährt in einem

---

* Inst. 4. 4 de iniuriis. Dig. 47. 10 de iniuriis et famosis libellis. Cod. 9. 35 de iniuriis. — Unterholzner II S. 759—781, Sintenis II S. 754—759, Seuffert II §. 406—410, Holzschuher I §. 47.

[1] Die Quellen bezeichnen die „iniuria" als contumelia, ὕβρις (pr. I. h. t., l. 15 §. 46 D. h. t., l. 5 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2). Das Nähere über den Begriff und die verschiedenen Arten der Injurie muß der Disciplin des Strafrechtes überlassen bleiben. S. darüber und über diese Lehre überhaupt die Lehrbücher des Strafrechts von Wächter II §. 150—160 und von Heffter §. 296—321; sodann die Aufsätze von Walter im N. A. für Criminalrecht IV. 5. 12 („über Ehre und Injurie nach römischem Recht"), Heffter Arch. f. Criminalr. N. F. 1839 S. 237—248 („die Begriffsverschiedenheit der römischen und deutschen Injurie"), Mittermaier Rechtslexic. V S. 863—904. Nur das sei hier hervorgehoben, daß zum Begriff der Injurie nicht erforderlich ist, daß die Handlung zu dem Zwecke vorgenommen worden sei, um dadurch eine Mißachtung der fremden Persönlichkeit an den Tag zu legen; es reicht vollkommen hin, daß sie in dem Bewußtsein vorgenommen worden sei, daß sie eine Mißachtung der fremden Persönlichkeit enthalte. Daher liegt eine Injurie in jeder bewußten Rechtsverletzung. Vgl. l. 13 §. 7 l. 24 D. h. t., l. 25 D. de A. E. V. 19. 1, l. 2 §. 9 D. ne quid in loco publ. 43. 8; l. 15 §. 31 D. h. t.; l. 5 §. 2—5 l. 23 D. h. t., l. 21 D. de furt. 47. 2; l. 20 D. h. t.; l. 11 §. 9 l. 12 l. 13 §. 3 l. 15 §. 33 l. 19 D. h. t., l. 1 §. 8 D. de insp. ventre 25. 4; l. 8 pr. D. de rel. 11. 7; l. 1 §. 38 D. dep. 16. 3; l. 15 pr. D. h. t. Nur tritt, wenn die Handlung unter die Kategorie irgend eines andern Vergehens fällt, die Strafe dieses Vergehens, und nicht die der Injurie, ein. Vgl. über den Begriff der Injurie aus Seuffert's Arch. die Urtheile I. 64, II. 51, III. 57. 171, VI. 195. 196, VII. 38. 39, VIII. 137, X. 50, XVII. 43.

[2] Dieser ~~Anspruch~~ beruht auf dem praetorischen Edict (l. 7 pr. l. 15 §. 2. 25. 26. 34 l. 17 §. 5. 10 D. h. t., l. 15 §. 28 l. 21 eod., §. 7 I. h. t., Gai. III. 223. 224, Coll. II. 6), für gewisse Fälle der Injurie (Note 4. 5) auch auf der lex Cornelia de iniuriis (l. 5 l. 37 §. 1 D. h. t., §. 8 I. h. t., Paul. S. R. V. 4 §. 8). Die heutige Anwendbarkeit dieses Anspruchs ist ausdrücklich anerkannt in der R. G. O. II. 28 §. 4.

Jahre tauglicher Zeit[3]; mit Ausnahme jedoch der thätlichen Injurie und des gewaltsamen Eindringens in die Wohnung[4], in welchen Fällen der Anspruch der gewöhnlichen Verjährungszeit unterliegt[5]. Der Anspruch geht weder auf die Erben des Verpflichteten, noch auf die des Berechtigten über[6]. Der Anstifter haftet wie der Beleidiger selbst[7]. — Außer diesem Geldanspruch hat der Beleidigte gegen den Beleidiger auch einen Anspruch auf Widerruf, Abbitte und Ehrenerklärung[8].

---

[3] L. 5 C. h. t., l. 17 §. 6 D. h. t., pr. I. de perp. et temp. act. 4. 12.

[4] Pulsare, verberare, domum vi introire. L. 5 §. 1 D. h. t. „Inter pulsationem et verberationem hoc interest, ut Ofilius scribit: verberare est cum dolore caedere, pulsare sine dolore". Ueber domum vi introire s. l. 5 §. 2—5 D. h. t.

[5] Es sind dieß die Fälle der lex Cornelia, deren actio der Regel gemäß (pr. I. de perp. et temp. act. 4. 12) perpetua war. Sehr mit Unrecht hat man aus l. 5 C. h. t. herleiten wollen, daß wenigstens im neueren Recht die Verjährung in allen Fällen die einjährige sei. Vgl. Seitz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX. 6.

[6] L. 13 pr. l. 15 §. 14 l. 28 D. h. t., §. 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12. S. auch §. 359 Note 7 und 14.

[7] L. 11 pr. §. 3—6 l. 15 §. 2. 8 l. 17 §. 2 D. h. t., §. 11 I. h. t.

[8] Dieser Anspruch ist durch die Praxis unter dem Einfluß altdeutscher und kirchlicher Ideen (vgl. c. 5 Dist. 46) eingeführt, und in der Reichsgesetzgebung (P. G. O. Art. 216, K. G. O. II. 28 §. 4, s. auch den R. A. Anfang v. 1670 a. E.) anerkannt worden. Ueber das Geschichtliche s. namentlich: v. Wallenrodt Zeitschr. f. Rechtsgesch. III S. 238—300. — Ist die Concurrenz dieses Anspruchs mit dem Geldanspruch eine cumulative oder eine elective? Für Ersteres: Wächter Strafr. II S. 103, v. Wallenrodt S. 294; für Letzteres die Meisten, s. die bei Wächter a. a. O. Genannten, Heffter Strafr. §. 308, Unterholzner S. 779, Sintenis S. 758, Seuff. Arch. I. 62 (Plenarbeschluß des O. A. G. zu München vom 27. Mai 1845). Es wird sogar behauptet, daß der Anspruch auf Abbitte ꝛc. nicht einmal durch den Antrag auf öffentliche Strafe ausgeschlossen werde, Heffter a. a. O. und die bei Wächter a. a. O. und Wallenrodt S. 293—296 Genannten; s. dagegen Wächter a. a. O. — Daß der Antrag auf öffentliche Strafe den Geldanspruch ausschließe, wird nicht bestritten, s. l. 6 D. h. t., §. 10 I. h. t.

VI. Andere gesetzliche Forderungsrechte.

A. Forderungsrechte aus den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen.

§. 473.

Die hierher gehörigen Fälle sind bereits oben I §. 169 genannt worden[1]. Näher ist hier von dem Satz zu handeln, daß der natürliche Ablauf des Regenwassers nicht zum Nachtheil des benachbarten Grundstücks abgeändert werden soll[2,3].

1. Es soll der Ablauf des Regenwassers nicht abgeändert werden[4]. Regenwasser hört aber dadurch nicht auf, Regenwasser zu sein, daß es sich mit anderem Wasser mischt[5].

2. Es soll der natürliche Ablauf des Regenwassers nicht abgeändert werden[6]. Für den durch künstliche Anlagen regulirten

---

[1] S. das. Note 1. 9. 10. 18. §. 473.

[2] Dig. 39. 3 de aqua et aquae pluviae arcendae (in welchem Titel aber l. 8—l. 11 pr. l. 17. 21. 26 von der vorliegenden Materie nicht handeln). — K. A. Schneider Zeitschr. f. Civ. und Pr. V. 22 (1832). Elvers Themis N. F. I S. 497—508 (1833). Schmidt (von Ilmenau) civil. Abhandlungen S. 90—168 (1841). Habicht rechtliche Erörterungen I S. 518—542 (1843). Schäffer Arch. f. prakt. RW. II S. 16—45 (1854). Hesse über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 184—271 (1859). Bekker Jahrb. d. gem. R. V S. 176—185 (1862). S. auch Hesse Jahrb. f. Dogm. VII S. 215 fg. 234 fg. (1865). — Unterholzner II S. 194—201, Sintenis II S. 477.

[3] Ueber die Quelle dieses Satzes vgl. l. 21 pr. D. de statulib. 40. 7, die Inscription von l. 13 D. h. t., und Schneider S. 325, Schmidt S. 92, Hesse S. S. 193.

[4] L. 1 pr. §. 2 15. 16 l. 3 §. 1 D. h. t. Ueber l. 3 pr. D. h. t. s. Schneider S. 334, Schmidt S. 99—102, Hesse S. 200—202; über l. 1 §. 23 und l. 2 §. 9 D. h. t. s. Schneider S. 328—333, Schmidt S. 102—105, Hesse S. 197. 198.

[5] L. 1 pr. cit.: — „sive per se haec aqua coelestis noceat, sive cum alia mixta sit". L. 1 §. 15 cit.: — „aqua pluvia vel quae pluvia crescit". L. 1 §. 2 cit. „Neratius scribit, opus, quod quis fecit, ut aquam excluderet, quae exundante palude in agrum eius refluere solet, si ea palus aqua pluvia ampliatur, eaque aqua repulsa ex opere agris vicini noceat, aquae pluviae actione cogetur tollere".

Ablauf des Regenwassers gilt das Gleiche nur dann, wenn die Anlagen auf obrigkeitlicher Anordnung beruhen, oder seit unvordenklicher Zeit bestehen[7].

3. Es soll der Ablauf des Regenwassers nicht abgeändert werden, d. h. es soll keine Aenderung durch Menschenhand bewirkt werden[8]. Jedoch kann gegenüber einer von selbst eintretenden Abänderung wenigstens Gestattung der Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangt werden, vorausgesetzt daß der Eigenthümer keinen Schaden davon hat[9].

4. Es soll der Ablauf des Regenwassers nicht zum Schaden des benachbarten Grundstücks abgeändert werden[10]; Entziehung eines Vortheils ist erlaubt[11].

prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur

[6] L. 1 §. 1 D. h. t.: — „cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret". L. 1 §. 22 D. h. t.

[7] L. 1 §. 22 i. f. 23 D. h. t. In die erste Stelle muß die Voraussetzung der zweiten hineingetragen werden („denique ait"). Die zweite spricht übrigens nicht von einer Abänderung der Anlage, sondern von dem Verfall derselben, daher: „non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro muniemus", während es in der ersten einfach heißt: „aquae pluviae arcendae actione agi posse". — Ueber die Bedeutung der in l. 1 §. 23 cit. und l. 2 D. h. t. erwähnten „lex" s. l. 23 pr. D. h. t. und Schmidt S. 115 fg., Savigny Syst. IV S. 488. — Seuff. Arch. I. 68, XVII. 48.

[8] „Opere manu facto". L. 1 §. 1. 10. 14. 15 D. h. t.; l. 3 §. 2 l. 24 §. 1. 2 D. h. t. Seuff. Arch. V. 141.

[9] Doch gab es über diesen Punkt zwischen den römischen Juristen verschiedene Meinungen, und die mildere im Text bezeichnete ist erst allmählig zur Herrschaft gelangt. S. l. 11 §. 6 D. h. t., l. 2 §. 5 eod. („haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamur"), l. 2 §. 6 eod. („sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus"), l. 2 §. 7 eod. Das Verhältniß der l. 2 §. 5 cit. zu l. 2 §. 1 eod. bleibt dunkel; eben so das Verhältniß der l. 2 §. 4 und 7 D. h. t. zu dem sonst Anerkannten (l. 11 §. 6 l. 1 §. 22 l. 2 §. 1. 5. i. f. D. h. t.). Beruht der bisherige Ablauf des Regenwassers auf einer künstlichen Vorrichtung, so ist hier (vgl. Note 7) gesetzliche Anordnung oder Unvordenklichkeit nicht erforderlich, l. 2 §. 5. 6 citt. Natürlich kann aber Gestattung der Wiederherstellung nur dann verlangt werden, wenn Wiederherstellung überhaupt möglich ist; deßwegen l. 14 §. 1 D. h. t. — Vgl. über die verschiedenen Ansichten: Schneider S. 341—348, Schmidt S. 137—142. 163—165, Hesse S. 215—218. 248—256.

[10] L. 1 §. 1. 11. 13. 21 D. h. t. Ueber l. 2 §. 9 D. h. t. s. Schneider S. 352—356, Schmidt S. 142—145, Hesse S. 221—226.

[11] L. 1 §. 11. 21 D. h. t. Seuff. Arch. I. 5.

5. Das benachbarte Grundstück muß ein Feldgrundstück sein[12].

6. Der aus der unerlaubten Abänderung entstehende Anspruch geht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes[13], auf Schadensersatz nur in Betreff des nach dem Streitbeginn entstandenen Schadens[14]. — Der Anspruch steht nicht zu gegen den Abändernden als solchen, sondern gegen den Abändernden in seiner Eigenschaft als Eigenthümer des Grundstücks, an welchem die Aenderung vorgenommen worden ist[15], so daß der Abändernde nicht mehr haftet, wenn er das Eigenthumsrecht am Grundstück verloren hat[16]. Dem Eigenthümer steht gleich der Nießbraucher,

---

[12] L. 1 §. 17—20 D. h. t. In l. 1 §. 20 cit. ist die richtige Lesart gewiß „aedificia" so daß die Stelle sagen will, daß die actio aquae pluviae arcendae in den Vorstädten so wenig Anwendung finde, wie in der Stadt selbst. Vgl. Schneider S. 357—358, Schmidt S. 106—108, Hesse S. 233—241. Seuff. Arch. VII. 47, X. 259, XX. 228.

[13] Restitutio: l. 6 §. 6 l. 22 §. 1 D. h. t. Tollere opus: l. 6 §. 7 l. 7 D. h. t. L. 24 §. 2 l. 25 §. 1 D. h. t.

[14] L. 6 §. 6. 8 l. 14 §. 3 D. h. t., vgl. l. 6 §. 4 l. 11 §. 3 l. 14 §. 2 eod. In Beziehung auf den früher entstandenen Schaden verweist l. 14 §. 3 cit. auf das interdictum quod vi aut clam. D. h. also: für den früher entstandenen Schaden kann Ersatz begehrt werden nur, wo die Voraussetzungen des bezeichneten Interdicts gegeben sind. Es versteht sich aber von selbst, daß im heutigen Proceß der Richter, wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, dem Antrag auf Ersatz auch des früheren Schadens ohne Weiteres Folge geben muß, und daß der Kläger nicht etwa ausdrücklich zu erklären braucht, er stelle neben der actio aquae pluviae arcendae auch das interdictum q. v. a. cl. an.

[15] L. 4 §. 2 l. 18 pr. D. h. t. Daher entsteht die actio aquae pluviae arcendae nicht aus einer Anlage, welche auf einem locus publicus gemacht worden ist, l. 3 §. 3 l. 18 pr. D. h. t. Vgl. übrigens Seuff. Arch. X. 169, XVI. 116. — Mehrheit der Eigenthümer: l. 6 §. 1. 2 l. 11 §. 1—3 D. h. t.; Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 196 fg. Vgl. §. 299 Note 7.

[16] L. 12. 13. 14 pr. D. h. t. (s. über diese Stelle Hasse Zeitschr. f. gesch. RW. III. 2), l. 16 i. f. eod. Jedoch befreit Veräußerung nach dem Streitbeginn nicht, l. 4 §. 1 D. h. t.; über l. 16 i. f. D. h. t. vgl. Schmidt S. 150 Note 80, Hesse S. 258, Francke Commentar zum Pandektentitel de her. pet. S. 57 fg. Ferner soll der Erbauer eines sepulcrum fortfahren zu haften, wenn er das Grundstück durch Einbringung eines Leichnams zum fundus religiosus mache, l. 4 pr. D. h. t. Veräußerung des Nießbrauchs befreit den Eigenthümer nicht, l. 22 pr. D. h. t.

Emphyteuta und Superficiar[17]. Gegen den Eigenthümer, welcher die Abänderung nicht selbst vorgenommen hat, geht der Anspruch nur auf Gestattung der Wiederherstellung[18]. — Ebenso steht der Anspruch zu dem Eigenthümer als solchem, nicht demjenigen, welcher zur Zeit der Abänderung Eigenthümer war[19]; neben dem Eigenthümer auch dem sonst an dem Grundstück dinglich Berechtigten[20].

7. Der Anspruch fällt weg gegenüber von Veranstaltungen, welche im Interesse der Fruchterzeugung nöthig sind[21]. Ferner kann sich der in Anspruch Genommene vertheidigen mit Berufung auf Gestattung des Gegners[22], obrigkeitliche Verfügung[23], Servitut[24], Unvordenklichkeit[25].

---

[17] Bezeugt ist die Gleichstellung (actio utilis) nur für den Nießbraucher, l. 22 §. 2 D. h. t.; aber daß der Emphyteuta und der Superficiar bei ihrem weitergehenden Recht nicht anders behandelt werden können, versteht sich von selbst. Vgl. auch l. 23 §. 1 D. h. t. (Note 20). Mit der l. 22 §. 2 cit. wird man die l. 3 §. 4 D. h. t. im Sinne der Justinianischen Compilation in der Weise in Einklang bringen müssen, daß die letztere nur die Klage gegen den nicht selbst abändernden Nießbraucher leugnet.

[18] L. 4 §. 2. 3 l. 5 l. 6 §. 7 l. 7 §. 1 l. 11 §. 2 l. 12 D. h. t. Schmidt S. 150—154.

[19] L. 6 §. 4 D. h. t. Jedoch nimmt Veräußerung nach dem Streitbeginn den Anspruch nicht, l. 16 D. h. t. Veräußerung des Nießbrauchs schadet dem Eigenthümer nicht, l. 22 pr. D. h. t. Mehrheit der Eigenthümer: l. 6 §. 1. 2 l. 11 §. 1. 4 D. h. t. Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 196 fg.

[20] Für den Emphyteuta: l. 23 §. 1 D. h. t., l. 5 §. 3 D. arb. furt. caes. 47. 7. Der Superficiar fällt hier weg, weil das beeinträchtigte Grundstück ein Feldgrundstück sein muß. In Betreff des Nießbrauchers widersprechen sich l. 3 §. 4 und l. 22 pr. D. h. t. Dieser Widerspruch muß im Sinne der Compilation als zu Gunsten des Nießbrauchers gelöst deßwegen angesehen werden, weil dieselbe eine Stelle aufgenommen hat, in welcher sogar dem Inhaber einer Grunddienstbarkeit die actio aquae pluviae arcendae zugestanden wird, l. 25 D. h. t. Vgl. Schmidt S. 148. 149, Hesse S. 241. 242, auch Ihering Abhandlungen S. 138—140, Dernburg Pfandrecht II S. 391.

[21] „Agri colendi causa“. L. 1 §. 3—9. 15 l. 3 §. 2 l. 24 pr. D. h. t. Schneider S. 359—361, Schmidt S. 131—133, Hesse S. 226—229. Seuff. Arch. VII. 46, XVII. 48.

[22] L. 19. 20 D. h. t.

[23] L. 2 §. 3 l. 23 pr. D. h. t. Seuff. Arch. XIII. 252.

B. Verpflichtung zum Vorweisen.

actio ad exhibendum

§. 474.

Wer eine Sache innehat, ist verpflichtet, dieselbe einem Jeden vorzuweisen, welcher in Ansehung derselben einen Anspruch geltend machen will.

1. Vorweisen heißt: die Sache zu Jemandem in ein solches körperliches Verhältniß bringen, daß derselbe sich über ihre Identität und Beschaffenheit unterrichten kann[1]. Vorweisen ist nicht Herausgeben[2]; wenn aber der Anspruch, welchen der die Vorweisung Begehrende auf die Sache selbst erhebt, von dem Innehaber nicht bestritten wird, so ist das Resultat der Vorweisung allerdings das gleiche, als wenn die Sache herausgegeben worden wäre[3]. Ist die Sache als Bestandtheil mit einer andern verbunden, so setzt Vorweisung Trennung voraus[4].

2. Berechtigt, Vorweisung zu verlangen, ist Jeder, welcher einen Anspruch in Ansehung der Sache geltend machen will[5], d. h.

---

[24] L. 2 §. 10 D. h. t.

[25] L. 2 §. 3 D. h. t.

* Dig. 10. 4. Cod. 3. 42 ad exhibendum. — Glück XI S. 167 fg.; Unterholzner II S. 141—153, Sintenis II S. 776—780, Vangerow III §. 707. 708, Holzschuher III §. 321. 322.

[1] L. 2 (Note 5) l. 9 §. 5 D. h. t., l. 3 §. 8 D. de tab. exh. 43. 5, l. §. 474.
3 §. 8 D. de hom. lib. exh. 43. 29, l. 22 l. 246 pr. D. de V. S. 50. 16. — Ort der Vorweisung: Seuff. Arch. XX. 40.

[2] L. 22 l. 246 D. de V. S. 50. 16.

[3] Daraus erklären sich l. 3 §. 11 l. 5 §. 2—6 l. 9 §. 1 l. 15 D. h. t., l. 25 D. de A. E. V. 19. 1, l. 16 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 7 §. 1 D. de cond. furt. 13. 1, l. 22 §. 1 D. rer. am. 25. 2, l. 1 §. 6. 32 D. de vi 43. 16. Seuff. Arch. VIII. 49.

[4] L. 6 pr. l. 7 §. 1. 2 D. h. t., l. 23 §. 5 D. de R. V. 6. 1. Vgl. I §. 189 Note 4.

[5] L. 2 D. h. t. „Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia". L. 9 §. 5 D. h. t.: — „ut quis copiam rei habens possit exsequi actione(m), quam destinavit" (über die Lesart des Folgenden s. Vangerow S. 664 und die das. Citirten, Mommsen in seiner Ausgabe ad h. l.). In anderen Stellen wird die actio ad exhibendum Jedem zugeschrieben, cuius interest (l. 3 §. 9. 12 l. 7 §. 7 l. 13 l. 19 D. h. t.); aber daß dieß ein zu allgemeiner Ausdruck sei, erkennen die Quellen

einen Afpruch entweder auf die Sache, oder gegen die Sache[6]. Der Anspruch kann ein dinglicher[7] oder ein obligatorischer sein[8]. Er kann auch ein alternativer sein, und die Vorweisung zum Zweck der Wahl begehrt werden[9]. Wird der Anspruch vom Innehaber bestritten, so tritt summarische Cognition ein[10]. Es versteht sich von selbst, daß bei Erhebung des Anspruchs das Vorzuweisende in hinreichend genauer Weise bezeichnet werden muß[11].

3. Verpflichtet zur Vorweisung ist Jeder, welcher als Innehaber der Sache zur Vorweisung im Stande ist[12]. Juristischer Besitz ist zur Begründung der Verpflichtung weder nothwendig[13],

---

selbst an (l. 3 §. 11. l. 19 D. h. t.). L. 3 §. 14 D. h. t. bezieht sich nur auf die Vorweisung von Urkunden, s. unten bei Nr. 6. Doch erklärt auf Grund dieser Stelle ein jedes rechtliche Interesse zur Begründung der actio ad exhibendum für hinreichend das Urtheil bei Seuff. Arch. XVI. 48. — Muß der Anspruch, um dessentwillen Vorweisung begehrt wird, ein Vermögensanspruch sein? Dawider spricht l. 12 pr. D. h. t. (vindicatio in libertatem); dafür beruft man sich (Glück XI S. 177, Unterholzner S. 143, Vangerow S. 664) auf l. 13 D. h. t., indem man an die Stelle der Lesart der Florentina „peculiariter“ die den Basiliken entsprechende „pecuniariter“ setzt (so auch Mommsen in seiner Ausgabe). Aber die Lesart der Florentina hat guten Sinn: der Anspruch muß ein Privatanspruch sein, nicht ein Anspruch, durch welchen Erfüllung einer allgemeinen Bürgerpflicht verlangt wird, wie das in dem von der l. 13 cit. ausgeschlossenen Fall (Freiheitsberaubung) allerdings der Fall ist (vgl. l. 3 §. 9 D. de hom. lib. exh. 43. 29). Vgl. Seuff. Arch. VIII. 223.

[6] Gegen die Sache: damit soll der Fall der actio noxalis wegen (des Delicts eines Sclaven oder) der Beschädigung durch ein Thier bezeichnet sein. L. 3 §. 7 l. 12 §. 2 D. h. t., vgl. l. 2 C. h. t.

[7] Der Hauptfall ist der des Eigenthumsanspruches. L. 1 D. h. t. „Haec actio . . . maxime propter vindicationes inducta est“. L. 3 §. 12 l. 12 §. 2 D. h. t., l. 1. 6. 8 C. h. t. Sonstige dingliche Ansprüche: l. 3 §. 3. 4. 12 D. h. t. (Vindicatio in libertatem: l. 12 pr. D. h. t.)

[8] L. 3 §. 5. 12 D. h. t.

[9] L. 3 §. 6. 10 l. 12 §. 2 D. h. t., l. 8 §. 3 D. de opt. leg. 33. 5.

[10] L. 3 §. 9. 13 D. h. t. Ueber den Begriff des „summatim cognoscere“ vgl. die gemeine Meinung bei Wetzell Civilproc. §. 29 Note 2. 21 fg., und die abweichende Ansicht von Briegleb Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse S. 240—245. 358—359. Seuff. Arch. IV. 10. — Führung des Beweises durch Calumnieneid? L. 15 D. h. t., Wetzell a. a. O. Note 24 fg.

[11] L. 3 pr. D. h. t. Seuff. Arch. IX. 38.

[12] L. 5 pr. i. f. §. 6 D. l. 7 C. h. t.

[13] L. 3 §. 15 — l. 5 §. 1 l. 12 §. 1 l. 15 D. h. t.

noch hinreichend[14]. Wie der Innehaber haftet auch derjenige, welcher sich arglistigerweise des Innehabens entäußert hat[15], sowie derjenige, welcher sich arglistigerweise als Innehaber auf den Proceß einläßt[16].

4. Verliert der auf Vorweisung Belangte die Innehabung nach Beginn des Processes, so gelten die gewöhnlichen Grundsätze[17]. Ebenso gelten die gewöhnlichen Grundsätze in Betreff des sonstigen Einflusses des Processes auf den Vorweisungsanspruch[18].

5. Der Anspruch auf Vorweisung findet der Natur der Sache nach seine Hauptanwendung bei beweglichen Sachen[19], ist aber bei unbeweglichen nicht unbedingt ausgeschlossen[20].

6. Besonderes ist bestimmt über die Verpflichtung zur Vorweisung von Urkunden: Vorweisung einer in den Händen eines Andern befindlichen Urkunde kann Jemand schon auf Grund davon verlangen, daß die Urkunde eine Bekundung über eine Thatsache enthält, welche auf die Gestaltung seiner Vermögens-

---

[14] L. 5 §. 6 D. h. t.

[15] Er haftet auf das Interesse, d. h. auf Alles, was der Kläger gehabt haben würde, wenn ihm die Sache vorgewiesen worden wäre, und er in Folge davon den Hauptanspruch hätte erheben können. Daher vertritt in diesem Fall die actio ad exhibendum den Hauptanspruch (das „iudicium directum", l. 3 §. 13 l. 17 D. h. t.). Der dabei an und für sich erforderliche Beweis des Hauptanspruches geht auf in dem dem Kläger nach allgemeinen Grundsätzen (I §. 133 Note 14—17) gestatteten Würderungseid. L. 5 §. 2 l. 8 l. 9 pr. — §. 4 l. 14. 15 D. l. 5 C. h. t., l. 11 i. f. D. de R. C. 12. 1, l. 23 §. 6 D. de R. V. 6. 1, l. 1 §. 2 D. de tigno iuncto 47. 3, §. 2 I. quib. al. 2. 8.

[16] Dieß ist nicht ausdrücklich bezeugt, aber bei der sonstigen Gleichstellung zwischen demjenigen, qui liti se obtulit, und demjenigen, qui dolo desiit possidere (I §. 196 Note 8), wohl unzweifelhaft. Arndts §. 346 Note 3.

[17] L. 7 §. 5. 6 l. 12 §. 4 D. h. t., und vgl. dazu I §. 124 Note 9.

[18] L. 9 §. 6. 7. 8 l. 11 pr. l. 17 D. l. 7 C. h. t., und vgl. dazu I §. 124. — Gehorcht der Verurtheilte dem Urtheil nicht, so hat der Kläger die Wahl zwischen Naturalexecution und Forderung des durch seinen Eid bestimmten Interesse. L. 3 §. 2 D. l. 4 C. h. t.; vgl. I §. 193 Note 1—3.

[19] Daher l. 56 D. de proc. 3. 3, l. 38 D. de iud. 5. 1, l. 1 §. 6 D. de vi 43. 16.

[20] S. das Erk. des OAG. zu Cassel bei Seuff. Arch. XVI. 48; auch l. 8 D. h. t.

verhältnisse eingewirkt hat[21]. — Ueber die Verpflichtung zur Vorweisung einer Testamentsurkunde ist im Erbrecht, über die Verpflichtung zur Vorweisung einer in den Händen des Proceßgegners befindlichen, auf den geführten Proceß bezüglichen Urkunde im Proceßrecht zu handeln[22].

C. Alimentationsverbindlichkeit*.

§. 475.

Eine Alimentationsverbindlichkeit kann begründet werden durch Vertrag[1], Vermächtniß[2], Delict[3]. Eine gesetzliche Alimentationsverbindlichkeit besteht zwischen Ascendenten und Descendenten[3a], und zwar als gegenseitige, so daß sowohl diese jene, als jene diese zu alimentiren verpflichtet sind[4]. Von den Ascendenten haftet zuerst der Vater, dann die Mutter, dann die Großältern und weiteren Ascendenten[5]. Die Verbindlichkeit setzt

---

[21] L. 3 §. 14 D. h. t., l. 18 eod., l. 9 C. eod., l. 7 C. de edendo 2. 1. Ein hierher gehöriges Erkenntniß des OAG. zu München in den Bl. f. RAnwendung in Bayern N. F. X Nr. 15 (jetzt auch Seuff. Arch. XX. 39). — Speciell war im prätorischen Edict vorgesehen die Editionspflicht der argentarii und nummularii, l. 4—13 D. de edendo 2. 13. Vgl. darüber Wetzell Civilproc. §. 24 Note 11 fg. Die viel weiter gehende l. 22 C. de fide instrum. 4. 21 ist nicht glossirt. Vgl. über die Lehre überhaupt: Vangerow §. 708 Nr. I, Bayer Vorträge S. 955 fg., Wetzell Civilproc. §. 24 Note 102. 103. Seuff. Arch. I. 134.

[22] Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. II, Bayer Vorträge S. 962 fg., Wetzell Civilproc. §. 24 Note 104. 105.

* Unterholzner II S. 568—584.

§. 475. [1] Vgl. l. 8 C. de rer. perm. 4. 64, l. 1 C. de don. quae sub modo 8. 55. Eine besonders wichtige Anwendung findet der Alimentenvertrag im deutschen Recht bei der bäuerlichen Gutsübergabe.

[2] Dig. 34. 1 de alimentis et cibariis legatis.

[3] Vgl. l. 7 D. de his qui effud. 9. 3.

[3a] Glück XXVIII S. 50 fg.; Sintenis III S. 129—137, Holzschuher I §. 66 Nr. 5—18 und III §. 324, Reinhard Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII. 5.

[4] L. 5 pr. §. 1—6. 13 D. de agnosc. et alendis liberis vel parentibus 25. 3, l. 1—4 C. de alendis liberis ac parentibus 5. 25, l. 8 §. 5 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 5 C. de patr. pot. 8. 47, Nov. 117 c. 7.

[5] Von Anderen wird behauptet, daß die väterlichen Ascedenten vor der

hinreichendes Vermögen auf der einen Seite[6], Mangel auf der anderen voraus[7]; ferner daß der Fordernde sich nicht seinerseits gegen die verwandtschaftlichen Pflichten verfehlt habe[8]. Das Maß der Alimente ist nach den Verhältnissen zu bestimmen, namentlich nach dem Stande des Berechtigten und dem Vermögen des Verpflichteten[9]. Zu den Alimenten gehört nur das zur Erhaltung und Pflege des Körpers[10], nicht auch das zur Entwicklung und Ausbildung des Geistes Erforderliche[11]; doch sind Aeltern

Mutter haften (s. die bei Glück XXVIII S. 209 Citirten, Puchta §. 316, Arndts §. 348), wenigstens dann, wenn sich die Descendenten in ihrer Gewalt befinden (Glück a. a. O., Sintenis S. 131, Seuff. Arch. XI. 154). Aber dafür läßt sich ein Beweis aus den Quellen nicht erbringen. L. 8 D. h. t., auf welche man sich vorzüglich beruft, setzt voraus, daß die Mutter (als vermögenslos oder gestorben) nicht in Betracht komme; will man dieß nicht annehmen, so muß man auf Grund der genannten Stelle auch die mütterlichen Ascendenten vor der Mutter haften lassen („nisi pater aut non sit superstes aut egens est"). Auch nennt Nov. 117 c. 7 hinter dem Vater nur die Mutter. — Daß nicht die väterlichen Ascendenten vor den mütterlichen haften: Seuff. Arch. XIII 265. S. auch Holzschuher I §. 66 Nr. 18. — Daß die Alimentationsverbindlichkeit des in zweiter Linie Haftenden auch bei Auswanderung des in erster Linie Haftenden eintrete: Seuff. Arch. III. 266.

[6] L. 5 §. 13 D. l. 2 C. h. t. Holzschuher I §. 66 Nr. 7. Seuff. Arch. I. 233, VI. 204, X. 262, XII. 45. 169 (IX. 190 Nr. 3), XIV. 43.

[7] L. 5 §. 7. 13 vgl. §. 19. 25 D. h. t., l. 8 §. 5 C. de bon. quae lib. 6. 61. Puggé Rhein. Mus. III S. 569—574. Seuff. Arch. X. 179, XII. 45. 169. Ueber die Beweislast s. die Aufsätze von Hofmann und Scholz dem Dritten in Zeitschr. f. Civ. und Pr. XVI. 4 u. XVIII. 4.

[8] L. 4 C. h. t. „Si patrem tuum officio debito promerueris, paternam pietatem tibi non denegabit". L. 5 §. 11 vgl. §. 23 D. h. t. Puggé a. a. O. S. 559—568, Reinhard a. a. O. S. 150 fg., Holzschuher I §. 66 Nr. 11. Seuff. Arch. V. 285 a. E.

[9] L. 5 §. 7. 10 vgl. 19. 25 D. l. 3. 4 C. h. t., l. 1 §. 19 D. de ventre in po. 37. 9. Vgl. Nov. 89 c. 12 §. 9: „secundum substantiae mensuram a bono viro arbitratam".

[10] L. 6. 23 D. de alim. leg. 34. 1, l. 5 pr. l. 1 §. 19 D. de ventre in po. 37. 9, l. 43. 44 l. 234 §. 2 D. de V. S. 50. 16. Ueber das Einzelne s. Walther Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 361 fg. Natural- oder Geldpräftation? Puggé a. a. O. S. 574 fg.; Seuff. Arch. X. 264. Nachzahlung für die Vergangenheit? Seuff. Arch. XII. 273.

[11] L. 6 D. de alim. leg. 34. 1, l. 6 §. 5 D. de Carb. ed. 37. 10, l. 4 D. ubi pup. 27. 2. A. M. mit Unrecht Walther a. a. O. S. 371 fg., wo

ihren Kindern gegenüber zur Gewährung des Letzteren (Erziehungskosten) ebenfalls verpflichtet[12]. Die Erben des Verpflichteten haften nur im Falle äußerster Noth des Berechtigten[13]. — Uneheliche Kinder haben der Regel gemäß einen Alimentationsanspruch gegen ihre Mutter und deren Ascendenten, wie eheliche[14]; außerdem aber[15] nach Gewohnheitsrecht[16] auch gegen denjenigen Mann, welcher innerhalb der kritischen Zeit[17] mit der Mutter den

---

auch über abweichende Meinungen Anderer berichtet ist. S. auch Sintenis Anm. 56.

[12] L. 5 §. 12 D. h. t., l. 6 §. 5 D. de Carb. ed. 37. 10. Unterholzner S. 575, Sintenis a. a. O., Reinhard a. a. O. S. 145—146.

[13] L. 5 §. 17 D. h. t. Wenn man die Verpflichtung des Erben an die fernere Voraussetzung knüpft, daß der Erblasser bei seinen Lebzeiten schon Alimente verabreicht hab, (Holzschuher I §. 66 Nr. 14, Seuffert §. 449, Seuff. Arch. VI. 205), so findet das in der citirten Stelle keine Rechtfertigung („dabit"). Eher rechtfertigt diese Stelle die Beschränkung auf den Vater (wo man aber dann neben den Großältern auch die Mutter ausschließen muß).

[14] L. 5 §. 4 D. h. t.

[15] Vgl. zum Folgenden: Glück XXVIII S. 183 fg. (1826). Busch theoretisch-praktische Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen gegen ihre Verführer und der unehelichen Kinder gegen ihre Erzeuger S. 214 fg. (1828). Gett über die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft S. 84—207 (1836). Ferner: Spangenberg Arch. f. civ. Pr. I. 5 (1820). Kaucher das. III. 26 (1822). Busch in Elvers' Themis II. 7 (1829). Kämmerer das. II. 8 (1829). Duntze Arch. f. civ. Pr. XII. 7 (1829). Heerwart das. XIV. 18 (1831). v. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 21 (1832). Heerwart Arch. f. civ. Pr. XVII. 3 (1834). Busch das. XXIII. 7 (1841). Heerwart Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII. 9 (1842). v. Buttel Arch. f. die Praxis des in Oldenburg geltenden R. I. 3 (1844). Schöman Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I. 4 (1845). v. Preuschen das. IV. 4 (1847). Busch Arch. f. civ. Pr. XLVI. 10 (1863). Sintenis III S. 131—133, Vangerow I §. 260 Anm., Holzschuher I §. 49. Ueber neuere Gesetzgebungen s. v. Kräwel Arch. f. civ. Pr. L. 17.

[16] Dieses Gewohnheitsrecht (vgl. Schöman S. 131) hat sich namentlich angeschlossen an c. 5 X. de eo qui duxit in matr. 4. 7, obgleich diese Stelle nach der unzweifelhaft richtigen Auslegung nichts von den Grundsätzen des römischen Rechts Abweichendes enthält, s. auch c. 13 X. qui filii sint. leg. 4. 17. Vgl. Spangenberg S. 88 fg., Kaucher S. 442 fg., Schröter S. S. 308, Schöman S. 128—130. Das römische Recht gewährt den unehelichen Kindern einen Alimentationsanspruch gegen den unehelichen Vater nicht, erst Nov. 89. c. 12 §. 6. c. 13. 15 den Concubinenkindern.

Beischlaf vollzogen hat[18]. Diese letztere Verbindlichkeit wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Mutter sich in der gleichen Zeit mit mehreren Männern in geschlechtliche Verbindung eingelassen hat[19]; diese Mehreren haften solidarisch[20]. Mit dem

---

[17] D. h. innerhalb des 182. und 300. Tages vor der Geburt. S. I §. 56ᵇ Note 3. Vgl. Holzschuher I §. 49 Nr. 6. 7. Seuff. Arch. I. 227, V. 175, IX. 124. 162, X. 170, XII. 161, XIII. 123, XV. 98, XVII. 115, XVIII. 108. 109 (vgl. auch I. 161, VI. 210 a. E., VIII. 229, XI. 11, XII. 36).

[18] Der aufgestellte Satz selbst ist vollkommen unbezweifelt: aber welches ist sein Grund? Hierüber gibt es zwei entgegengesetzte Meinungen. Nach der einen ist die Verpflichtung des Concumbenten eine Delictsobligation; so Bülow u. Hagemann Erörterungen IV. 70, Kämmerer S. 225 fg., Duntze S. 130, Puchta §. 316 und Vorl. dazu, vgl. auch Glück XXVIII S. 197. Nach einer andern Meinung haftet der Concumbent als Vater (Glück S. 184, Gett §. 28, Heerwart XIV S. 435—442. XVII. 3. XVII. 9), oder, wie Andere es ausgedrückt haben (v. Schröter S. 309—313, Busch XXIII. 3 und XLVI S. 218, v. Buttel S. 66 fg., Schöman S. 133 fg.) aus der Thatsache der Erzeugung (vgl. Note 21). M. E. ist der Delictsstandpunkt als solcher (s. diese Note a. E.) unhaltbar (vgl. gegen denselben Heerwart XIV S. 436, v. Schröter S. 310, v. Buttel S. 64. 65, Vangerow S. 482); wie kann man sagen, daß der Vater gegen das Kind durch Hervorrufung seiner Existenz ein Delict begehe? Aber auch die zweite Auffassung halte ich nicht für gerechtfertigt. Der Schluß von dem Beischlaf auf Vaterschaft oder Erzeugung ist anerkanntermaßen kein nothwendiger Schluß: warum soll er denn hier gemacht werden? Man meint: daß der Concumbent wirklich der Vater sei, ist sicher, sobald es sicher ist, daß die Mutter mit einem andern Manne sich nicht in Geschlechtsverbindung eingelassen habe; dieß wird aber stillschweigend angenommen, bis der in Anspruch Genommene das Gegentheil bewiesen hat. Aber warum soll es stillschweigend angenommen werden? Trägt man in den gewohnheitsrechtlichen Satz nichts hinein, was er nicht enthält, so kommt man nicht weiter, als dahin: der Concumbent haftet als möglicher Vater. Und wenn gefragt wird, wie kommt das Recht hier dazu, die Möglichkeit der Wirklichkeit gleichzustellen? so ist die Antwort diese: weil der Concumbent eine unerlaubte Handlung begangen hat. So kommt auch der Delictsstandpunkt zu seinem Rechte.

[19] Sie alle sind mögliche Väter. Die zweite der vorhin erwähnten Auffassungen führt umgekehrt dazu, die s. g. exceptio plurium concumbentium (constupratorum) als zulässig anzuerkennen, und daher keinen der Concumbenten haften zu lassen, wie dieß wirklich thun Gett S. 142 fg. und die das. Citirten, Busch theor.-prakt. Darstellung ꝛc. S. 325. Themis S. 189. 190. Arch. XXIII S. 228 fg., Heerwart XIV S. 447 fg., v. Preuschen a. a. O. Nur Schröter hat es versucht, auch von dieser Auffassung aus

Manne haften nicht auch seine Ascendenten[21], wohl dagegen seine Erben nach der für Delictsansprüche geltenden Regel[22].

---

die Unzulässigkeit der genannten Einrede zu rechtfertigen; aber der Trugschluß, welchen er dabei macht (S. 313) liegt auf der Hand (s. dawider auch Busch Arch. XXIII S. 229 fg.). — Eine wunderliche Modification der Zulässigkeitstheorie (Busch theoret.-prakt. Darstellung rc. S. 245 fg.) ist die, daß ein Anspruch gegen die mehreren Concumbenten doch wieder im Falle der Unvermöglichkeit der Mutter begründet sei (actio in factum ex lege Aquilia, weil jeder Concumbent das Kind in die Lage versetzt habe, die Paternitätsklage nicht geltend machen zu können, — dawider Heerwart XIV S. 450 fg., vgl. auch Schöman S. 134 fg.). Auch die Meinung ist aufgestellt worden, daß von den mehreren Concumbenten derjenige hafte, dessen Beischlaf der Zeit nach mit der Niederkunft der Mutter am besten zusammentreffe. Waldeck Controversenentscheidungen des OAG. zu Wolfenbüttel I S. 192—207; dawider Busch in dem Aufsatz in der Themis. — Gegen die Zulässigkeit der exc. plurium concumbentium, zum Theil mit Berufung auf den gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauch: Seuff. Arch. IV. 51, IX. 167, X. 171, XVI. 17, ferner ein Plenarbeschluß des OAG. zu München vom 23. Juni 1841, Reg.-Bl. von 1841 Nr. 33 S. 636—640; dafür Seuff. Arch. XVIII. 253, welches Erk. sich aber vielleicht auf den Deflorationsanspruch bezieht, wie gewiß VII. 183). Ueber die Behandlung dieser Einrede in der Particulargesetzgebung s. Busch XLVI S. 219 fg.; über die Verhandlungen des dritten deutschen Juristentages in Betreff derselben, das. S. 223 fg.

[20] Die Meinung, daß die mehreren Concumbenten jeder pro rata haften, läßt sich in keiner Weise rechtfertigen.

[21] Das Gegentheil müssen diejenigen annehmen, welche den Vaterschaftsstandpunkt festhalten; doch geschieht es nicht immer, s. Glück S. 221 fg., Gett S. 97—99, Vangerow a. a. O. Nr. 6. Der bezeichneten Consequenz glauben diejenigen entgehen zu können, welche die Alimentationsverpflichtung nicht auf die Vaterschaft (Verwandtschaft), sondern auf die Thatsache der Erzeugung gründen. „Als ob man nicht eben durch die Erzeugung der Vater und also verwandt würde"! (Keller Pand. S. 783). Vgl. auch Holzschuher a. a. O. Nr. 2 und III S. 1096. 1097. Gegen die Verbindlichkeit der Ascendenten: Seuff. Arch. III. 175, IV. 50.

[22] Also mit Beschränkung auf die Kräfte der Erbschaft. Dieß kann zweifelhaft erscheinen, da ja nach der hier vertretenen Ansicht die Obligation ihren Grund nicht in einem Delict als solchem hat. Aber ohne Berücksichtigung der Unerlaubtheit der Handlung würde das Recht die Obligation nicht verhängt haben. — Der Uebergang der Obligation auf die Erben des Concumbenten scheint in der Praxis nie bestritten worden zu sein. Busch XXIII S. 222. 223 und dazu Heerwart Zeitschr. XVII S. 331. 334, Holzschuher a. a. O. Nr. 26 und III S. 1094, Seuff. Arch. XI. 42, XIX. 47. Das Argument, welches sich daraus gegen die Vaterschaftstheorie ergibt, liegt

Daß der Mann Ehemann ist, schließt seine Verbindlichkeit nicht aus[23], wohl, daß die Mutter Ehefrau ist[24].[25]

Geschwister haben einen Alimentationsanspruch gegen einander

auf der Hand. Der Uebergang wird aber eben auf Grund der Vaterschaftstheorie geleugnet von Herwart XIV S. 441 und XVII S. 335, Vangerow Nr. 3, während die Erzeugungstheorie sich auch gegen diese Consequenz gedeckt glaubt, Schröter S. 312.

[23] Das römische Recht, welches den adulterini und den incestuosi allen Alimentationsanspruch versagt (Nov. 74 c. 6. 89 c. 15), ist durch Gewohnheitsrecht auch in dieser Beziehung überwunden worden. Vgl. die oben citirten Aufsätze von Spangenberg, Kaucher, Duntze, Schröter; auch Holzschuher Nr. 4.

[24] Die entgegengesetzte Ansicht wird namentlich von Schröter a. a. O. verfochten. Aber das von einer Ehefrau geborene Kind hat, auch wenn der Ehebruch der Mutter nachgewiesen ist, rechtlich zum Vater den Ehemann derselben (I §. 56[b] Note 2), und das Recht kann nicht den Einen als wirklichen Vater anerkennen, und daneben einen Andern als möglichen Vater behandeln. S. auch Heerwart Arch. XVII S. 86 fg., Vangerow Nr. 2. Die Ansicht von Schröter liegt dem Urtheil bei Seuff. Arch. IV. 234 zu Grunde, vgl. auch XVII. 50; dawider das. II. 186. 296, VI. 46, X. 54 (V. 176), Buchka und Budde Entscheidungen III. 38.

[25] Fernere Fragen. 1) Haftet auch der unzurechnungsfähige Concumbent? Nach der hier vertretenen Auffassung: nein. A. M. Heerwart XIV S. 438, Vangerow Nr. 5; Seuff. Arch. VI. 47, XII, 162. 2) Kann der Concumbent seiner Verpflichtung auch dadurch genügen, daß er sich erbietet, das Kind bei sich aufzuziehen? Nein; denn er ist nicht Vater und kann nicht verlangen, daß die Mutter sich von dem Kinde trenne. Für diese Entscheidung Kämmerer in der Themis II. 8, Busch XXIII S. 235 fg., Buttel S. 70, Seuff. Arch. IV. 230, XII. 163; a. M. Gett S. 116, Heerwart XIV S. 442 fg. und Zeitschr. XVII S. 343 fg., Fabricius Jahrb. d. gem. R. VI. 10. Vgl. auch Holzschuher a. a. O. Nr. 9. 10 und III S. 1094. 1095. 3) Welches Recht entscheidet, das Recht des Ortes des vollzogenen Beischlafs oder das Recht des Wohnorts des Concumbenten? Läßt man überhaupt für Delictsobligationen das Recht des Delictsortes maßgebend sein (vgl. I §. 35 Note 8), so muß man auch hier für die erste Alternative entscheiden (Note 22). Vgl. Holzschuher Nr. 27 und die das. Citirten; Seuff. Arch. XIV. 196 und die das. citirten Urtheile, ferner XIX. 212. 4) Umfang der Alimentationsverbindlichkeit: Gett S. 107 fg. 110 fg., Holzschuher Nr. 10[a]. 14; Seuff. Arch. VI. 203, X. 53, XI. 245, XII. 35. 5) Zeitliche Grenze: Gett S. 114 fg., Holzschuher Nr. 8; Seuff. Arch. I. 228, VII. 49, XI. 41; VI. 202, XII. 273, XVII. 250. Buchka u. Budde Entscheidungen V S. 297. 298. 6) Klage der Mutter: Holzschuher Nr. 5; Seuff. Arch. IV. 49, XI. 43, XVII. 49. 50; II. 55. 7) Beweis: Seuff. Arch. VI. 201, XVII. 247.

nicht[26]. Ueber den Alimentationsanspruch zwischen Ehegatten s. die Lehre von der Ehe[27].

V. Haftung für Verbindlichkeiten Anderer.

A. Bürgschaft*.

1. Begriff und Abschluß.

§. 476.

Die Bürgschaft hat den gleichen Zweck, wie die Verpfändung: einem Gläubiger Sicherheit zu geben für die Befriedigung seiner Forderung. In der Verpfändung wird dieser Zweck dadurch erreicht, daß an die Forderung eine Sache gebunden wird, durch deren Verwerthung der Gläubiger sich selbst Befriedigung verschaffen kann; in der Bürgschaft wird der bezeichnete Zweck dadurch erreicht, daß dem Gläubiger ein zweiter Schuldner gegeben wird, an welchen er sich halten kann, wenn er von seinem eigentlichen Schuldner, dem Hauptschuldner, nicht befriedigt wird. Im Uebrigen kann der Bürgschaftsvertrag noch einen verschiedenen Inhalt haben. 1) Der Bürge nimmt die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich; er begründet nicht eine neue Verbindlichkeit für sich, sondern erstreckt die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich, so daß er neben demselben Correalschuldner wird. 2) Der Bürge begründet für sich eine besondere Verbindlichkeit, welche aber zum Inhalt die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hat; er macht sich neben dem-

---

[26] Man (namentlich Thibaut Versuche I. 12) hat es behauptet wegen l. 4 D. ubi pup. 27. 2, l. 1 §. 2 D. de tutelae 27. 3 in Verbindung mit l. 12 §. 3 l. 13 §. 2 D. de adm. et per. 26. 7. S. dagegen Müller Arch. f. civ. Pr. XIII. 13, Vangerow I §. 260 Anm. 2. Vgl. Holzschuher a. a. O. Nr. 3 u. III S. 1096.

[27] §. 491 Note 1, §. 493 Note 3.

§. 476. * Inst. 3. 21 de fideiussoribus. Dig. 46. 1 Cod. 8. 41 de fideiussoribus et mandatoribus. — Girtanner die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht (1850. 1851). Kritz Pandektenrecht Thl. I Bd. 1 S. 115—239 (1835). Liebe im Rechtslexicon V S. 512—525 (1844). Vangerow III §. 578. 579, Unterholzner II S. 801—849, Sintenis II S. 826—837.

selben zum (bloßen) Solidarschuldner. 3) Der Bürge begründet für sich eine besondere Verbindlichkeit, welche zum Inhalt nicht die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hat, sondern den Ersatz des Schadens, welcher dem Gläubiger durch Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners erwachsen werde. Das römische Recht hat für jede dieser Willensrichtungen eine besondere Vertragsform ausgebildet, und stellt jede dieser Vertragsformen unter ihre besonderen Regeln. Der ersten Willensrichtung entspricht die fideiussio[1], der zweiten das constitutum[2], der dritten das mandatum[3]. Auch im heutigen Recht ist es nicht ausgeschlossen, daß die Parteien einen dieser Wege zur Erreichung des Bürgschaftszweckes mit Abweisung der übrigen erwählen und als gewollt unzweifelhaft bezeichnen; aber die Regel wird dieß nicht sein. Regelmäßig werden sie sich darauf beschränken, nur im Allgemeinen den Bürgschaftswillen, mit oder ohne Gebrauch des Wortes Bürgschaft, auszudrücken. In diesem Falle nun darf 1) nicht angenommen werden, daß die Parteien einen bloßen Schadloshaltungsvertrag gewollt haben[4]; 2) was

[1] Die fideiussio wurde durch Stipulation mit Gebrauch des Wortes fideiubere („idem fide tua esse iubes"?) geschlossen. Im klassischen Recht dienten dem gleichen Zweck noch zwei andere Stipulationsformen, die sponsio („idem dare spondes"?) und die fidepromissio („idem fidepromittis"?), für welche auch in mannichfacher Beziehung besonderes Recht galt; im Justinianischen Recht sind dieselben verschwunden. Vgl. mit Gai. III. 115—127 den Titel der Institutionen de fideiussoribus. Girtanner S. 4—46, Bekker proc. Consumption S. 182—207. Wo in der Justinianischen Compilation das Wort spondere vorkommt, geht es auf die (Stipulations-) Bürgschaft überhaupt; vgl. §. 1. 3. 4. 8 I. de mand. 3. 26, l. 26 C. h. t. Girtanner S. 102—105.

[2] Das s. g. constitutum debiti alieni. Dasselbe bedurfte, wie jedes constitutum, der Stipulationsform nicht. Vgl. über das constitutum überhaupt oben §. 284; über die Anwendung desselben auf fremde Schulden l. 2 l. 5 §. 2—4 l. 26—28 D. de pec. const. 13. 5. Zimmern in seinen und Neustetel's römisch-rechtlichen Untersuchungen S. 255 fg., Girtanner S. 47—59, Bruns Zeitschr. f. RGesch. I S. 97—101.

[3] Das s. g. mandatum qualificatum. S. §. 412 Nr. 2 und speciell Note 19 und 20; Zimmern in dem in der vorigen Note citirten Aufsatz, Girtanner S. 60—72.

[4] Die Intention der Parteien ist im Zweifel darauf gerichtet, daß der Bürge schuldig werden solle, was der Hauptschuldner schuldig ist, daß der Bürge verpflichtet werden solle, statt des Hauptschuldners zu leisten.

den Gegensatz zwischen fideiussio und constitutum angeht, so ist zu sagen, daß das Bewußtsein der Parteien für diesen Gegensatz im Zweifel unempfindlich ist[5]; wo sich aber ein Bedürfniß ergibt, zwischen dem Recht der fideiussio und dem constitutum zu unterscheiden, ist das erstere, nicht das letztere zur Anwendung zu bringen[6].[7] —

Geschlossen wird der Bürgschaftsvertrag durch die Erklärung des Parteiwillens; einer Form bedarf diese Erklärung nicht. — Untersagt ist die Bürgschaft den Frauen[8]; für gewisse Verpflichtungen den Soldaten und Geistlichen[9].

---

[5] Die Parteien wissen sehr genau, daß der Bürge verpflichtet werden soll, eine Verbindlichkeit zu erfüllen, die ihm materiell eine fremde ist; aber sie würden wohl regelmäßig sehr in Verlegenheit kommen, wenn sie Antwort auf die Frage geben sollten, ob sie wollen, daß diese Verbindlichkeit als solche auf den Bürgen übergehen solle, oder ob sie wollen, daß für denselben eine besondere Verbindlichkeit zur Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners entstehen solle.

[6] Dieß aus einem doppelten Grunde: a) weil wohl in der fideiussio, nicht aber in dem constitutum als solchem, die Bürgschaftsabsicht, d. h. die Absicht, nur zur Sicherheit des Gläubigers zu haften, ausgedrückt ist; das constitutum kann auch den Sinn haben, daß die Verpflichtung, die fremde Verpflichtung zu erfüllen, definitiv übernommen wird. b) Weil das Recht des constitutum in seiner Abweichung von dem Recht der fideiussio gar nicht als recipirt angesehen werden kann. S. Girtanner S. 163 fg.

[7] Ueber die verschiedenen Ansichten in Betreff der heutigen Bedeutung der römischen Unterscheidung zwischen den verschiedenen Bürgschaftsformen s. Girtanner S. 163 fg. 373 fg., Liebe S. 515, Vangerow III S. 161. 162, Sintenis Anm. 36, Arndts §. 353, Samhaber Correaloblig. S. 173 fg., Bruns Zeitschr. f. RGesch. I S. 97 fg.

[8] Durch das SC. Velleianum, welches sich aber nicht bloß auf Bürgschaften bezieht. S. darüber §. 485 fg.

[9] Soldaten sollen nicht Bürgen werden für Pacht- und Miethverträge, l. 31 C. de loc. 4. 65; Geistliche sollen nicht Bürgen werden für Pachtungen von Gütern oder öffentlichen Gefällen, für Verwaltungen, für Führung fremder Processe, Nov. 123 c. 6. Jedoch ist die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung in Betreff der curiales nicht allgemein anerkannt. Entschieden unanwendbar ist die Bestimmung in l. 30 C. de loc. 4. 65. Vgl. Girtanner S. 143 fg. 283 fg. 368 fg. — Auf Grund von l. 1. 2 C. ne fideiussores dotium 5. 20 wird auch wohl ein Verbot der Bürgschaft für Restitution einer Dos behauptet; jene Stellen handeln aber nur von dem Recht, Bürgschaft zu verlangen. Glück XXVII S. 231, Girtanner S. 144.

2. Verpflichtung des Bürgen.

a) Im Allgemeinen.

§. 477.

Die Verpflichtung des Bürgen steht unter freiem richterlichen Ermessen; im Folgenden sind nur die Hauptpunkte angegeben[1].

1. Der Bürge ist nicht schuldig, wenn der Hauptschuldner nicht schuldig ist.

a) Besteht von allem Anfang an eine Verbindlichkeit für den Hauptschuldner nicht, während der Bürge das Bestehen einer solchen irrigerweise angenommen hat, so wird auch der Bürge nicht verpflichtet[2]. Ist die Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit übernommen[3], so entsteht für den Bürgen eine Verbindlichkeit nur dann, wenn für den Hauptschuldner eine entsteht[3a]. Die Verbindlichkeit des Hauptschuldners braucht aber, um den Bürgen haftbar zu machen, keine juristische zu sein[4]; wenngleich nicht eine jede natürliche Verbindlichkeit hinreicht[5]. Von der anderen Seite haftet der Bürge nicht nur dann nicht, wenn die Hauptschuld an und für sich nicht besteht, sondern auch dann

---

[1] Der Bürgschaftsvertrag ist nach heutigem Recht bonae fidei contractus in dem Sinne, in welchem es bei den Römern Kauf, Miethe 2c. war. D. h. die Parteien bezeichnen in demselben nur im Allgemeinen ihre Intention; sie legen aber nicht im Besonderen auseinander, was dieser Intention gemäß ist. §. 477.

[2] L. 29 l. 37 l. 47 pr. l. 56 pr. §. 2 l. 70 §. 4 D. h. t., l. 1 §. 1. 6. 8 D. de pec. const. 13. 5. Wie sich zu den zuerst genannten Stellen l. 25 D. h. t. verhalte, bleibt dunkel. Vgl. Girtanner S. 20–26. — Irrthum über den Grund der Schuld schadet nicht. Seuff. Arch. V. 20. Ebenso wenig schadet der Irrthum über die Person des Gläubigers; wohl der über die Person des Schuldners. Seuff. Arch. III. 169, IV. 225; III. 168, VII. 19. Beweis des Irrthums? Seuff. Arch. II. 181. Beweis der Schuld durch Anerkenntniß des Hauptschuldners? Seuff. Arch. II. 185, XV. 23, XVII. 35.

[3] Was zulässig ist, l. 6 §. 2 D. h. t., l. 2 C. de pec. const. 4. 18; vgl. Girtanner S. 105 fg., Bruns Zeitschr. f. RGesch. I S. 71. 89.

[3a] L. 6 §. 2 cit.

[4] L. 6 §. 2 l. 7 l. 16 §. 3 D. h. t., §. 1 I. h. t., l. 1 §. 7 D. de pec. const. 13. 5.

[5] S. §. 288 Note 4, §. 289. Seuff. Arch. XX. 130.

nicht, wenn sie durch eine Einrede entkräftet ist: die Einreden des Hauptschuldners stehen auch dem Bürgen zu[6]. Doch läßt dieser letztere Satz Ausnahmen zu[7]. Wo aber auch immer nach den hier aufgestellten Regeln der Bürge haftet, ohne daß der Hauptschuldner in Anspruch genommen werden kann[8], haftet er doch in dem Falle nicht, wo er einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner hat, so daß seine Leistung auf den Hauptschuldner zurückfallen würde[9]. — Kennt der Bürge die Ungültigkeit der Verbindlichkeit, für welche er sich verbürgt, so kann er sich auf ihre Ungültigkeit nicht berufen[10].[11]

---

[6] L. 19 D. de exc. 44. 1, l. 32 D. h. t. (zu den Worten: „et quidem invito reo" vgl. Seuff. Arch. IX. 290 [II. 185]), §. 4 I. de replic. 4. 14; l. 7 §. 1 D. de exc. 44. 1, l. 15 pr. l. 49 pr. D. h. t., l. 14 §. 6 D. quod met. c. 4. 2, l. 16 §. 1 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 4. 5 D. de compens. 16. 2, l. 12 C. de non num. pec. 4. 30; l. 3 §. 1 D. de pec. const. 13. 5. Vgl. Girtanner S. 40 fg. 384 fg., Vangerow S. 152 fg.

[7] L. 7 pr. D. de exc. 44. 1 sagt (mit unmittelbarer Beziehung auf den Bürgen): „exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios". Aber welche Einreden sind exceptiones personae cohaerentes? Die citirte Stelle nennt als Beispiel die Einrede aus dem s. g. beneficium competentiae (§. 268 Note 8). Diese Einrede steht aber dem Bürgen schon deßwegen nicht zu, weil sie sich nicht sowohl auf die Schuld, als vielmehr auf die Vollstreckbarkeit derselben bezieht (§. 268 Note 11). Die sonst in den Quellen noch genannten Fälle von Einreden, welche auf den Bürgen nicht übergehen, setzen spätere Entstehung der Einrede voraus. S. Note 15.

[8] Also: a) wenn der Hauptschuldner nur natürlich verpflichtet ist (Note 4); b) wenn dem Hauptschuldner eine Einrede zusteht, welche der Bürge nicht gebrauchen kann (Note 7). S. jedoch in Betreff des letzteren Falles die folgende Note.

[9] L. 9 §. 3 D. de SC. Mac. 14. 6; vgl. §. 481. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß das Recht wirklich den Schuldner auch gegen indirecte Nöthigung zur Zahlung schützen will. Vgl. I §. 225 Note 8a. Von der andern Seite ist zuzusehen, ob nicht das Recht, indem es dem Bürgen eine dem Hauptschuldner zustehende Einrede versagt, dem Bürgen damit auch den an und für sich begründeten Regreß gegen den Hauptschuldner abspricht. Dieß ist ohne Zweifel gerade bei der in Note 7 genannten Einrede aus dem beneficium competentiae der Fall, arg. l. 58 §. 1 D. mand. 17. 1.

[10] In diesem Sinne heißt es in l. 37 D. h. t.: — „*erroris* fideiussio nulla est". Doch ist es sehr zweifelhaft, ob gerade die fideiussio nach römischem Recht auch dann gültig war, wenn sie für eine nichtige Verbindlichkeit in Kenntniß ihrer Nichtigkeit übernommen wurde. Vgl. l. 11 D. h. t., l. 18 D. de SC. Mac. 14. 6. Jedenfalls war sie gültig für eine durch Einrede

b) Wird die Verbindlichkeit des Hauptschuldners hinterher aufgehoben, so hört auch die Verbindlichkeit des Bürgen auf[12]. In Betreff des Näheren gelten die gleichen Grundsätze wie im vorigen Fall. Also: 1) es macht keinen Unterschied, ob die Verbindlichkeit des Hauptschuldners direct aufgehoben wird[13], oder ob nur eine Einrede gegen dieselbe begründet wird[14], obgleich es

---

entkräftete Verbindlichkeit; und auch die Verhaftung für eine nichtige Verbindlichkeit konnte unzweifelhaft wirksam durch mandatum übernommen werden. Vgl. l. 13 pr. D. de min. 4. 4, l. 12 §. 13 D. mand. 17. 1. Heutzutage ist eine für eine nichtige Verbindlichkeit wissentlich übernommene Bürgschaft aufzufassen als Versprechen der Schadloshaltung für den Fall, daß der als verpflichtet Bezeichnete die Leistung, zu welcher er rechtlich nicht verbunden ist, nicht freiwillig machen sollte. Vgl. Arndts §. 352 Anm. 2.

[11] Vorbehaltlich an und für sich auch hier des Falles, wo die Leistung des Bürgen auf den Hauptschuldner zurückfallen würde; wobei jedoch auch hier zu erwägen ist: a) ob nicht das Recht gegen eine indirecte Nöthigung des Schuldners zur Zahlung nichts zu erinnern hat; b) ob nicht nach Lage der Umstände eher dem Bürgen der Regreß gegen den Hauptschuldner zu entziehen ist, als dem Gläubiger sein Forderungsrecht gegen den Bürgen; es wird dieß dann das Zutreffende sein, wenn den Gläubiger beim Geschäfte kein Vorwurf trifft. Vgl. mit l. 9 §. 3 D. de SC. Mac. 14. 6 (welche Stelle zwischen Wissen und Nichtwissen des Bürgen nicht unterscheidet) l. 12 §. 13 D. mand. 17. 1. Und endlich ist c) zu erwägen, ob nicht in der Bestellung des Bürgen durch den Hauptschuldner eine gültige Bestätigung der Hauptschuld gefunden werden muß; wie z. B. wenn der Gezwungene nach Aufhören des Zwanges einen Bürgen gibt.

[12] L. 43 D. de sol. 46. 3, l. 60 D. h. t. — Galt diese Regel auch für das constitutum debiti alieni? Für das constitutum als solches nicht; denn das constitutum als solches geht auf die Leistung dessen, was der Andere jetzt (zur Zeit des constitutum) schuldig ist. L. 18 §. 1 D. de pec. const. 13. 5. Der Untergang der Hauptschuld befreit hier den accessorischen Schuldner nur nach den für die (bloße) Solidarobligation geltenden Regeln (§. 284 Note 4. 5). Es konnte aber ohne allen Zweifel das constitutum auch gerichtet werden auf dasjenige, was der Hauptschuldner schuldig ist und bleiben wird. Ein Erfüllungsversprechen dieser letzteren Art ist das Bürgschaftsversprechen, wenn es Erfüllungsversprechen ist, gewiß.

[13] Die Quellen nennen speciell außer der Erfüllung: Novation (l. 4 C. h. t.) und Confusion (l. 21 §. 3 l. 71 pr. D. h. t., l. 38 §. 5 D. de sol. 46. 3).

[14] Die Quellen nennen speciell die exc. iurisiurandi (l. 28 §. 1 D. de iurei. 12. 2, l. 7 §. 1 D. de exc. 44. 1) und die exc. pacti (l. 21 §. 5 D. de pact. 2. 14, l. 29 pr. D. mand. 17. 1, l. 5 pr. D. de lib. leg. 34. 3, l. 7 §. 1 D. cit.; über l. 62 und l. 27 §. 2 D. de pact. 2. 14 s. Vange-

auch hier Einreden gibt, welche ausnahmsweise dem Bürgen nicht zustehen[15]. 2) Für die Fortdauer der Verbindlichkeit des Bürgen reicht die Fortdauer einer natürlichen Verbindlichkeit in der Person des Hauptschuldners hin[16]. 3) Wenn auch der Bürge an und für sich fortfährt zu haften, so kann er sich auf die Befreiung des Hauptschuldners doch in dem Falle berufen, wo seine Leistung auf den Hauptschuldner zurückfallen würde[17]. 4) Der Wegfall der Verbindlichkeit des Hauptschuldners thut der Verbindlichkeit des Bürgen keinen Schaden, wenn der Bürge sich gerade mit Rücksicht auf den möglichen, nun eingetretenen Fall des Wegfalles derselben verbürgt hat[18]. — Eine besondere Vorschrift enthält das römische Recht für den Fall, wo der Bürge durch seine Schuld die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners unmöglich macht; hier wird der Hauptschuldner befreit, und der Bürge fährt fort zu haften[19].[20]

---

row S. 154. 155; Seuff. Arch. II. 185). In Betreff der Wiedereinsetzung s. Note 18. — Die Unterbrechung der Verjährung der Hauptschuld wirkt auch gegen den Bürgen. S. §. 295 Note 11. Seuff. Arch. XIV. 31.

[15] So die Einrede aus dem pactum de non petendo in personam, l. 22 D. de pact. 2. 14, l. 5 pr. D. de lib. leg. 34. 3 (für welche Einrede sich jedoch nach neuestem und heutigem Recht das benef. excussionis geltend macht, §. 478 Note 6). Ferner die Einrede aus dem erzwungenen Nachlaßvertrag, l. 58 §. 1 D. mand. 17. 1, welcher Einrede die Einrede aus einem erzwungenen Stundungsvertrag und aus einem dem Schuldner ertheilten Moratorium gleichzustellen ist (§. 275 Note 1. 4); die Einrede aus dem beneficium competentiae (Note 7, vgl. §. 267 Nr. 1. 3. 5). Die Einrede aus der cessio bonorum, welche §. 4 I. de replic. 4. 14 ebenfalls hierher rechnet, hat heutzutage abgesehen von dem beneficium competentiae keine Bedeutung mehr (§. 266).

[16] L. 60 D. h. t.

[17] L. 32 D. de pact. 2. 14. Es sind aber auch hier die in Note 9 bezeichneten Maßgaben hinzuzufügen. Daß dem Bürgen mit der Einrede des Hauptschuldners auch der Regreß gegen den Hauptschuldner versagt werde, ist bei sämmtlichen in Note 15 genannten Einreden, mit Ausnahme der aus dem pactum de non petendo in personam, nach und arg. l. 58 D. mand. 17. 1 anzunehmen.

[18] Im Speciellen heißt es in den Quellen, daß die dem minderjährigen Hauptschuldner ertheilte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dem Bürgen nicht zu Gute komme, wenn derselbe sich gerade mit Rücksicht auf die Minderjährigkeit des Hauptschuldners verbürgt habe. S. I §. 120 Note 18.

[19] Es macht sich hier eine allmälige Entwicklung des römischen Rechtes

2. Der Bürge ist nicht Mehr schuldig, als der Hauptschuldner schuldig ist; er ist nicht unter härteren Modalitäten[21] schuldig, als der Hauptschuldner schuldig ist. Wird das Gegentheil ausdrücklich ausgemacht, so liegt, so weit die dem Bürgen auferlegte Leistung die dem Hauptschuldner obliegende übersteigt, jedenfalls nicht Bürgschaft vor[22]; der Vertrag selbst kann aber aufrecht

---

bemerklich. Zuerst wurde der Regel gemäß gesagt, daß der Bürge von der Bürgschaftsverpflichtung frei werde, aber aus seinem dolus hafte; dann wurde die Bürgschaftsklage gegen ihn als utilis, und zuletzt schlechthin gegeben. Alle diese Auffassungen sind in den Quellen vertreten. S. l. 19 D. de dolo 4. 3; l. 32 §. 5 D. de usur. 22. 1, l. 38 §. 4 D. de sol. 46. 3; l. 95 §. 1 D. eod., l. 88 l. 91 §. 4 D. de V. O. 45. 1.

[20] Eine eigenthümliche Ansicht über die Fortdauer der Verbindlichkeit des Bürgen nach Wegfall der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hat Girtanner S. 80 fg. 480 fg. 495 fg. aufgestellt. Nach dieser Ansicht soll der Schuldner nur befreit werden: 1) durch diejenigen in der Person des Hauptschuldners eintretenden Befreiungsgründe, welche auch einen Correalschuldner befreien; 2) durch Confusion; 3) die in der Person des Hauptschuldners entstehenden Einreden sollen dem Bürgen nur insofern zu Gute kommen, als er einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner habe. Girtanner beruft sich für diese Theorie auf l. 18 §. 1 D. de pec. const. 13. 5, s. darüber Note 12; auf die Möglichkeit der Fortdauer der Verpflichtung des Bürgen nach einer dem Hauptschuldner ertheilten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, s. darüber Note 18; auf l. 32 D. de pact. 2. 14, welche von einem pactum de non petendo in personam zu verstehen ist, vgl. l. 7 §. 1 D. de exc. 44. 1; auf die zu Note 19 erwähnte Bestimmung, welche offenbar den Charakter einer Ausnahmebestimmung hat, und nur der auch sonst begründeten Verhaftung des Bürgen einen neuen Ausdruck gibt; endlich auf die Fortdauer der Verhaftung des Bürgen bei capitis diminutio und unbeerbtem Tod des Schuldners (l. 5 pr. D. qui satisd. 2. 8, l. 1 C. h. t., l. 1 §. 14 D. dep. 16. 3, l. 95 §. 1 D. de sol. 46. 3), in welchen Fällen eine Verhaftung, wenn auch nicht des Schuldners, doch seines Vermögens fortbauert (l. 2 pr. D. de cap. min. 4. 5, vgl. l. 22 D. h. t.). Gegen Girtanner s. Vangerow §. 578 Anm. 2, Sintenis Anm. 39, Arndts §. 357 Anm. 3. Vgl. noch Schwanert Naturalobligat. S. 397 fg.

[21] Bedingung, Befristung, Leistungsort, andere Nebenbestimmungen, namentlich in Betreff des Wahlrechtes bei alternativen Obligationen. Vgl. §. 5 I. h. t. („Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur") und §. 33 I. de act. 4. 6 („plus autem quatuor modis petitur: re, tempore, loco et causa"). L. 8 D. de eo quod certo loco 13. 4.

[22] Nach römischem Recht war die fideiussio in duriorem causam ganz nichtig, während das constitutum abweichende Modalitäten der Leistung wohl

erhalten werden als Schenkungsversprechen, Entschädigungsversprechen, Schuldübernahme[23]. — Uebernimmt der Bürge nicht eine schwerere, sondern nur eine andere Leistung, so ist wirklich Bürgschaft vorhanden, aber mit Hinzufügung eines Vertrages über Leistung an Erfüllungsstatt[24].

3. Der Bürge ist nicht Weniger schuldig, als der Hauptschuldner schuldig ist; er ist nicht unter leichteren Modalitäten schuldig, als der Hauptschuldner schuldig ist. Doch kann das Gegentheil ausgemacht werden[25]. Erleidet die Hauptschuld eine Aenderung, oder erhält sie einen Zuwachs, so haftet der Bürge auch dafür[26]. Für selbständige[27] Nebenverbindlichkeiten der Haupt-

---

vertrug, und wenn es auf ein Mehr ging, bloß auf das Maß der Verbindlichkeit des Hauptschuldners herabgesetzt wurde. L. 8 §. 7—10 l. 16 §. 1. 2. 5, l. 34 l. 70 pr. §. 1 D. h. t., §. 5 I. h. t., Gai. III. 126; l. 1 §. 8 l. 11 §. 1 l. 12 l. 19 pr. l. 3 §. 2 l. 4 l. 5 pr. l. 25 pr. D. de pec. const. 13. 5. Nach heutigem Recht kann die theilweise Gültigkeit der Bürgschaft in duriorem causam nicht bezweifelt werden, und wird auch nicht bezweifelt. Die Schriftsteller sind aber nicht einverstanden darüber, wie dieses heutige Recht zu rechtfertigen sei. Die Einen sagen, die römische Bestimmung über die fideiussio gelte deßwegen nicht mehr für uns, weil sie ihren Grund gehabt habe in der Strenge, mit welcher man die Stipulationsformel geglaubt habe interpretiren zu müssen; nach der Meinung der Anderen ist eine Bürgschaft der bezeichneten Art als constitutum debiti alieni aufzufassen. Zu dem oben (§. 476 Note 5 u. 6) Gesagten stimmt nur die erste Auffassung. Vgl. Girtanner S. 31—39. 170 fg. 375 fg., Vangerow §. 578 Anm. 1, Samhaber Correalobligat. S. 174. 175.

[23] Es entscheidet der Wille der Parteien, und nicht der Ausdruck. Wer erklärt, für eine bedingte Schuld unbedingt bürgen zu wollen, schenkt dem Gläubiger für den Fall des Ausfalles der Bedingung. Wer erklärt, daß er sich für eine Schuld von 100 auf 150 verbürge, verbürgt sich wirklich auf 100, und verspricht außerdem dem Gläubiger 50 als Ersatz für den ihm durch das Ausbleiben der Leistung des Schuldners erwachsenden Schaden. Wer erklärt, er verbürge sich für eine in einem Jahre fällige Schuld in der Weise, daß er sie in einem Monat zahlen wolle, verbürgt sich gar nicht, sondern übernimmt einfach die Leistung einer fremden Schuld.

[24] Nach römischem Recht war die fideiussio in diesem Fall ebenfalls nichtig (l. 42 l. 8 §. 8 l. 38 pr. l. 70 §. 2 D. h. t.), nicht das constitutum (l. 1 §. 5 D. de pec. const. 13. 5).

[25] Auch bei der römischen fideiussio, l. 8 §. 7 l. 34 l. 6 §. 1 l. 9 l. 68 §. 1 D. h. t.

[26] Aenderung: z. B. durch verschuldete Herbeiführung der Unmöglichkeit der Erfüllung, l. 58 §. 1 D. h. t., l. 49 l. 88 l. 91 §. 4 D. de V. 45. 1.

schuld haftet der Bürge an und für sich nicht[28]; doch kann die Verhaftung dafür auch stillschweigend übernommen werden[29].

b. Rechtswohlthat der Vorausklage*.

§. 478.

Der Bürge haftet erst in zweiter Linie; er kann verlangen, daß der Gläubiger vorher seine Befriedigung bei dem Hauptschuldner suche, und zwar durch Ausklagung desselben[1]. Dieses

---

Zuwachs: z. B. durch Verzugszinsen, l. 24 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 54 pr. D. loc. 19. 2, l. 10 D. rem pup. 46. 6, l. 2 §. 12 D. de adm. rer. 50. 8, l. 5 C. de pact. int. emt. 4. 54; l. 68 §. 1 D. h. t. Vgl. l. 56 §. 2 D. h. t.: — „in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest". Girtanner S. 411 fg. Madai Mora S. 419 fg. verlangt mit Unrecht, damit der Bürge für Verzugszinsen hafte, eine ausdrückliche Erklärung desselben, daß er sich für das gesammte Schuldverhältniß verbürge (s. auch Seuff. Arch. I. 213); dagegen auch Holzschuher III §. 311 Nr. 5. Proceßkosten: Seuff. Arch. III. 325, XX. 226.

[27] D. h.: der Hauptschuld gegenüber eine besondere Obligation ausmachende.

[28] So namentlich nicht für versprochene Zinsen und Conventionalstrafen. L. 10 C. h. t., l. 8 C. quod cum eo 4. 26; vgl. l. 68 pr. D. h. t.

[29] Vgl. Seuff. Arch. IV. 44, XIV. 30.

* Girtanner S. 113 fg. 200 fg. 423 fg. §. 478.

[1] S. g. beneficium excussionis oder ordinis. Eingeführt durch Nov. 4 c. 1. Vorher konnte der Gläubiger nach seiner Wahl den Bürgen oder den Hauptschuldner in Anspruch nehmen, und nicht bloß bei der fideiussio, sondern auch bei dem constitutum und dem mandatum credendi. L. 3. 5. 19. 23 C. h. t.; l. 7 D. quod cum eo 14. 5, l. 56 pr. l. 60 pr. D. mand. 17. 1, l. 7 C. eod. 4. 35, l. 19 C. cit. Doch konnte das Gegentheil ausgemacht werden (l. 5. 19 C. h. t.; l. 42 pr. D. de R. C. 12. 1, l. 41 pr. D. h. t., l. 116 D. de V. O. 45. 1, l. 6 pr. D. de nov. 46. 2, l. 21 D. de sol. 46. 3); die Neueren haben für diesen Fall den Ausdruck fideiussor indemnitatis, Schadlosbürge, erfunden. Vgl. noch Salkowski zur Lehre von der Novation S. 238 fg. — Es ist bezweifelt worden, ob die Bestimmung der Nov. 4 c. 1 auch für das constitutum gelte, weil die Vulgata die griechische Bezeichnung für den Constituenten: *ὁ ἀντιφωνητής, ὁ ἀντιφωνήσας, ὁ τὴν ἀντιφώνησιν ὑπελθών* durch die Ausdrücke: sponsor, qui sponsioni se subiecit wiedergibt. Aber auf wen sollen diese Ausdrücke gehen, wenn nicht auf den Constituenten? In anderen Stellen (Nov. 115 c. 6, 136 pr. c. 1) übersetzt die Vulgata auch wirklich *ἀντιφώνησις, ἀντιφωνητής* mit constituta pecunia, constitutae pecuniae reus. Ebenso sicher ist es freilich, daß die Novelle

Recht fällt jedoch weg: 1) wenn der Hauptschuldner abwesend ist[2]. Vermag in diesem Fall der Bürge den Hauptschuldner nicht binnen einer vom Richter zu bestimmenden Frist zu stellen, so wird der Klage gegen den Bürgen freier Lauf gelassen[3]. Das bezeichnete Recht fällt ferner weg: 2) wenn die Ausklagung des Hauptschuldners aus einem anderen Grunde schwieriger ist, als die des Bürgen[4]; 3) wenn es feststeht, daß die Ausklagung des

---

nur das Constitutum zum Zweck der Bürgschaft, nicht das Constitutum als solches im Sinne hat. Vgl. Zimmern in seinen und Neustetel's römischrechtl. Untersuchungen S. 276 fg., Girtanner S. 429, Vangerow S. 106, auch unten Note 9. — Begründet die gesetzliche Vorschrift nur eine Einrede, oder erhebt sie die fruchtlose Ausklagung des Bürgen zum Klagefundament? Gewiß das Erstere. Girtanner S. 200 fg. 223 fg. 424 fg. Seuff. Arch. II. 182. — Die Rechtswohlthat gibt die Befugniß, die Zahlung abzulehnen; nicht aber die Befugniß, das Gezahlte zurückzufordern, selbst dann nicht, wenn irrthümlich gezahlt worden ist. Arg. l. 49 §. 1 D. h. t., §. 4 i. f. I. h. t. (§. 479 Note 2 a. E.). — Von einer Rechtswohlthat spricht man übrigens mit Grund nicht bloß den Bestimmungen des früheren römischen Rechtes, sondern auch dem heutigen Bürgschaftswillen gegenüber. Dieser Wille läßt zwar darüber keinen Zweifel, daß der Bürge erst solle in Anspruch genommen werden können, wenn der Hauptschuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkomme; aber welche Schritte der Gläubiger thun müsse, um von dem Hauptschuldner Befriedigung zu erlangen, darüber gibt der Bürgschaftsvertrag als solcher keinen Aufschluß. — Kann der Gläubiger den Bürgen sofort mit dem Hauptschuldner (auf den Ausfall) belangen? Seuff. Arch. III. 264.

[2] D. h. wenn der Bürge seinen Gerichtsstand am Wohnort des Gläubigers, der Hauptschuldner auswärts hat. Vgl. Girtanner S. 439. Wie wenn Beide ihren Gerichtsstand auswärts haben? Seuff. Arch. II. 46: es ist zuzusehen, ob nicht der Hauptschuldner „noch viel weiter entfernt und schwerer zu belangen ist" (der Bürge lebte in Hamburg, der Hauptschuldner in New-York). Vgl. auch Seuff. Arch. V. 21, VI. 42, XIX. 150.

[3] Nov. 4 c. 1 cit.

[4] Das Gesetz enthält diese Bestimmung nicht unmittelbar; aber es ist nicht zu gewagt, dieselbe durch Auslegung (s. g. analogische Ausdehnung, I §. 22) in das Gesetz hineinzutragen. Daß dabei die Eigenschaft des Gesetzes als ius singulare kein Hinderniß ist, darüber s. I §. 29 Note 3. Wollte man bei der unmittelbaren Bestimmung des Gesetzes stehen bleiben, so müßte man den Gläubiger auch dann zur Ausklagung des Hauptschuldners nöthigen, wenn der Hauptschuldner z. B. in Australien wohnt, während der Bürge seinen Wohnsitz in einem wenige Meilen entfernten Ort hat (Note 2). Auch ist für die analogische Ausdehnung des Gesetzes von jeher die in Doctrin und Praxis vorherrschende Meinung gewesen. Girtanner S. 205 fg. 226 fg. Girtanner (S. 444 fg.) nimmt dafür sogar ein Gewohnheitsrecht an; dazu stim-

Hauptschuldners fruchtlos sein wird[5]; 4) wenn eine Klage gegen den Hauptschuldner gar nicht begründet ist[6]; 5) wenn der Bürge auf die Rechtswohlthat verzichtet hat[7]; 6) wenn er die Bürgschaft arglistigerweise abgeleugnet hat[8].[9] —

---

men aber nicht die Entscheidungen bei Seuff. Arch. X. 48, XII. 158. Der Hauptfall, um welchen es sich dabei immer gehandelt hat, ist der des Concurses des Hauptschuldners. Vgl. über diesen Fall speciell aus der neueren Zeit: für die Ausdehnung W. Sell Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 13 (welcher aber die gewiß richtige Beschränkung hinzufügt, daß darauf gesehen werden müsse, ob in dem gegebenen Fall der Concursweg auch wirklich schwieriger sei), Heimbach das. XIII S. 387 fg. (dieser mit einer Wendung, welche ich für unrichtig halte), Dernburg Pfandr. II S. 385—387, Holzschuher III §. 311 Nr. 11. a; gegen die Ausdehnung: Chop Arch. f. civ. Pr. XV. 3. Aus der Praxis: für die Ausdehnung: Seuff. Arch. IV. 42, VII. 314; dawider X. 48, XII. 158. Für die Ausdehnung noch, jedoch ohne specielle Beziehung auf den Concurs: Seuff. Arch. II. 46. — Girtanner S. 450 fg. fügt aber die gewiß richtige Beschränkung hinzu, daß die Ausklagung des Hauptschuldners aus Rechtsgründen schwieriger sein müsse, nicht aber weil derselbe z. B. streitsüchtig, chikanös, potentior sei.

[5] Die Insolvenz des Hauptschuldners ist notorisch. — Diese, wie die folgende Ausnahme, sind ebenfalls im Gesetze nicht ausdrücklich enthalten; aber beide sind zweifellos. Vgl. Nov. 99 c. 1 und Girtanner S. 437—438, Dernburg Pfandrecht II S. 384. Seuff. Arch. XIV. 34.

[6] Der Hauptschuldner ist nur naturaliter verpflichtet. Der Hauptschuldner ist durch eine Einrede gedeckt, welche dem Bürgen nicht zu Gute kommt. Der Bürge hat sich für eine ungültige Verbindlichkeit in Kenntniß ihrer Ungültigkeit, oder für den nun eingetretenen Fall der Aufhebung der Hauptschuld verbürgt. S. über diese Fälle §. 477 Nr. 1. Im Einzelnen ist aber zu bemerken, daß das beneficium excussionis nicht wegfällt, wenn der Hauptschuldner durch ein vom Gläubiger mit ihm abgeschlossenes pactum de non petendo in personam gedeckt ist (§. 477 Note 15); das Gegentheil annehmen, würde heißen, es von der Willkühr des Gläubigers abhängig machen, ob der Bürge die ihm gesetzlich zustehende Rechtswohlthat genießen soll, oder nicht. Girtanner S. 247; über l. 15 §. 1 D. h. t. s. §. 479 Note 7. Seuff. Arch. VI. 40. Anders natürlich, wenn der Bürge sich damit einverstanden erklärt hat, daß das pactum nur dem Hauptschuldner zu Gute kommen solle, wie in dem Falle bei Seuff. Arch IV. 43 (pactum de non petendo in tempus).

[7] Genügt genereller Verzicht? Der Verzicht muß so generell sein, daß daraus erkannt werden kann, es habe diese bestimmte Rechtswohlthat dem Bewußtsein des Verzichtenden vorgeschwebt. Vgl. l. 4 §. 4 D. si quis caut. 2. 11, l. 1 D. si quis in ius voc. 2. 5. Girtanner S. 436, Holzschuher §. 311 Nr. 2. Vgl. Seuff. Arch. XI. 40. Ein Verzicht liegt auch in dem

Ist der Grund, weßwegen der Gläubiger keine Befriedigung von dem Hauptschuldner erlangen kann, Nachlässigkeit des Gläubigers, so kann der Bürge gar nicht in Anspruch genommen werden[10].

Versprechen, an einem bestimmten Tage Zahlung leisten zu wollen. Seuff. Arch. XIV. 33. Liegt ein Verzicht auch in der Erklärung, als Selbstschuldner haften zu wollen? Die Frage wird bejaht von Girtanner S. 240 fg. 319 fg. und von den bei Holzschuher §. 311 Nr. 11. c Genannten; ferner bei Seuff. Arch. III. 167, IV. 226, V. 132, VII. 312, XIII. 223, XVII. 36. Ist aber die oben (§. 293 Note 8) vorgetragene Auffassung der Nov. 99 c. 1 richtig, so ist auf Grund dieser Novelle zu behaupten, daß der Bürge durch eine solche Erklärung zwar das Recht, Vorausklage, nicht aber das Recht, gleichzeitige Belangung des Hauptschuldners zu begehren, verliere.

[8] Arg. l. 10 §. 1 D. h. t. Für die Ausdehnung ist von jeher die herrschende Meinung gewesen. Girtanner S. 208. 229. 239 fg. 453. 454.

[9] Vielfach ist behauptet worden, die Rechtswohlthat falle auch unter Kaufleuten weg (vgl. Nov. 4 c. 3 §. 1 und die nicht glossirte Nov. 136). Girtanner S. 236 fg. 454 fg. Das HGB. (Art. 281 Abs. 2) schließt sie aus, „wenn die Schuld aus einem Handelsgeschäft auf Seiten des Hauptschuldners hervorgeht, oder wenn die Bürgschaft selbst ein Handelsgeschäft ist". — Nach der Behauptung von Vangerow (III S. 160) soll die Rechtswohlthat auch beim constitutum wegfallen, wenn nicht „die Verbindlichkeit des Konstituenten in keiner Beziehung von der des Hauptschuldners sich unterscheidet, und das Konstitutum also in der That nur den Zweck der Sicherstellung des Gläubigers hat", s. auch Samhaber Correalobligat. S. 175. Nach meiner Ansicht gilt die Rechtswohlthat beim constitutum nie, wenn dasselbe in der Absicht gemacht worden ist, die Schuld des Anderen einfach auf sich zu nehmen (Seuff. Arch. IV. 45, XIV. 32); sie gilt immer, wenn dasselbe in Bürgschaftsabsicht gemacht worden ist. Dadurch, daß der Verbindlichkeit des Bürgen ein anderer Inhalt gegeben wird, als die Verbindlichkeit des Hauptschuldners hat, kann möglicherweise der Bürgschaftswille ausgeschlossen sein; so weit dieß nicht der Fall ist (§. 477 zu Note 23. 24), sehe ich keinen Grund, dem Eintretenden die Rechtswohlthat der Vorausklage zu entziehen. Indem er für den Fall der Nichterfüllung der Hauptschuld Mehr oder Anderes zu leisten verspricht, verspricht er nicht weniger, für den Fall der Nichterfüllung der Hauptschuld zu leisten.

[10] Dieser Satz galt nicht für die gewöhnliche fideiussio (l. 62 D. h. t., vgl. übrigens auch l. 18 C. h. t.), wohl für die fideiussio eius, quod a debitore servari non potest (l. 41 pr. D. h. t.). Seit Nov. 4 c. 1 ist eine jede Bürgschaft eine Bürgschaft dieser letzteren Art. Daß die Verpflichtung, zuerst seine Befriedigung bei dem Hauptschuldner zu suchen, durch das Gesetz, und nicht durch die Bestimmung des Bürgschaftsvertrages auferlegt ist, kann keinen Unterschied machen. Vangerow III §. 578 Anm. 4; vgl. auch Arndts

c. Mehrheit der Bürgen*. Afterbürge.

§. 479.

Mehrere Bürgen, welche für dieselbe Schuld eingetreten sind, haften zwar an und für sich Jeder für das Ganze[1], genießen aber eine ähnliche Rechtswohlthat, wie der Bürge gegenüber dem Hauptschuldner. Jeder Bürge kann nämlich verlangen, daß, wenn sein Mitbürge zahlungsfähig ist[1a], der Gläubiger seine Forderung zwischen ihm und dem Mitbürgen theile[2]. Leugnet der Gläu-

---

§. 357 Anm. 2. A. M. Jäger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 16. Girtanner S. 483 fg. glaubt mit Unrecht, daß der hier gelehrte Satz sich schon aus den Worten der Novelle „si non valuerit creditor a debitore recipere aut in partem aut in totum" rechtfertige; diese Worte wollen, wie der Zusammenhang lehrt, nur zu sagen: wenn der Gläubiger durch die angestellte Klage sich seine Befriedigung zu verschaffen nicht vermag. Auch mit dem beneficium cedendarum actionum (§. 481 Note 8) ist der aufgestellte Satz vielfach in Verbindung gebracht worden. S. Girtanner S. 211 fg. 248 fg. 468 fg. Seuff. Arch. VI. 41, VII. 34. 311. 312 Nr. 2. — Eine Nachlässigkeit des Gläubigers liegt an und für sich nicht schon in der Gewährung einer Zahlungsfrist. Vangerow S. 158; Seuff. Arch. VII. 33. 177, XII. 340. Vgl. noch das. VII. 312, XI. 243, XII. 159, XVI. 112.

* Girtanner S. 90 fg. 457 fg. Rückert principia iuris Romani de exceptione quam vocant divisionis (1852). Grotefend de exceptione divisionis (1852). Dedekind de exceptione divisionis disquisitiones (1853). §. 479.

[1] Gai. III. 121. 122, §. 4 I. h. t.

[1a] Das Gleiche gilt natürlich in dem Fall, wo der Bürgen mehr als zwei sind.

[2] S. g. beneficium divisionis. Eingeführt durch ein Rescript von Hadrian. Gai. III. 121. 122, §. 4 I. h. t. S. über dieses Rescript außer den im Folgenden genannten Stellen noch: l. 26 l. 27 l. 51 pr. D. l. 3 l. 10 §. 1 C. h. t. Dasselbe nannte außer den fideiussores auch die mandatores (l. 3 C. de pec. const. 4. 18, vgl. l. 7 D. de fidei. et nom. 27. 7); daß es in gleicher Weise für das constitutum gelte, hat Justinian in der cit. l. 3 C. de pec. const. ausdrücklich anerkannt. — Die Behauptung, daß diese Rechtswohlthat nur solchen Bürgen zukomme, welche gemeinschaftlich für dieselbe Schuld eingetreten sind (Kritz Pandektenr. I. 1 S. 122 fg. 178 fg., Seuffert Pand. §. 385 Note 17, vgl. dens. in seinem Archiv VI S. 58 Anm. 2; Seuff. Arch. III. 263, XIII. 27, XIV. 234 — dawider VI. 43, XI. 40), läßt sich nicht rechtfertigen, und wird sogar, wenigstens was den später eingetretenen Bürgen angeht, durch l. 48 §. 1 D. h. t. direct widerlegt.

biger die Zahlungsfähigkeit des Mitbürgen, so liegt nicht ihm der Beweis der Zahlungsunfähigkeit, sondern dem in Anspruch Genommenen der Beweis der Zahlungsfähigkeit ob[3]. Vorausklage kann der in Anspruch Genommene nur verlangen, wenn er gleichzeitig Sicherheit dafür anbietet, daß der Gläubiger bei Fruchtlosigkeit der Vorausklage Befriedigung für den betreffenden Theil bei ihm finden werde[4], und auch in diesem Falle nicht, wenn der Mitbürge abwesend, oder seine Belangung aus anderen Gründen schwieriger ist[5]. Das Recht auf Theilung[5a] selbst wird durch die zuletzt bezeichneten Umstände nicht ausgeschlossen[6]. Auch durch Ungültigkeit der Mitbürgschaft wird das Recht auf Theilung nicht unbedingt ausgeschlossen; es besteht trotz dieser Un-

---

Vgl. Note 7 a. E. und Dedekind §. 39, Girtanner Arch. f. civ. Pr. XLIII. 12. — Die Rechtswohlthat gibt das Recht, die Zahlung abzulehnen; nicht aber das Recht, das Gezahlte zurückzufordern, selbst wenn irrthümlich gezahlt worden ist. L. 49 §. 1 D. h. t., §. 4 I. h. t. Vgl. Erxleben condictiones sine causa I S. 109. 110.

[3] Er schützt sich mit einer Einrede (l. 28 D. h. t.), die er beweisen muß, wie jede andere Einrede. S. auch l. 3 C. de prob. 4. 19. Vgl. Seuff. Arch. V. 297. Das Gegentheil wird angenommen in dem Erk. bei Seuff. Arch. XIII. 95.

[4] L. 10 pr. D. h. t. Die Stelle verlangt speciell Anbieten von Bürgschaft. — Ich zweifle nicht daran, daß diese Sicherheitsleistung im classischen römischen Recht hauptsächlich mit Rücksicht auf die Klagenconsumtion erfordert wurde (vgl. l. 22 §. 2 D. mand. 17. 1, l. 7 D. de fidei. et nom. 27. 7); aber ich halte es für zu gewagt, zu behaupten, daß der Schutz des Gläubigers gegen die Klagenconsumtion ihr einziger Zweck gewesen sei. Jedenfalls haben die Compilatoren ihr, indem sie die l. 10 pr. cit. trotz l. 28 C. h. t. aufgenommen haben, eine von der Klagenconsumtion unabhängige Bedeutung gegeben.

[5] L. 10 pr. cit.: — „ita tamen, si . . . confideiussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint". Die Ausdehnung auf andere Gründe größerer Schwierigkeit der Belangung rechtfertigt sich durch die Analogie der Nov. 4 c. 1 (§. 478 Note 4). — Daß das Recht auf Vorausklage ebenfalls bei notorischer Insolvenz des Mitbürgen wegfällt, versteht sich auch hier von selbst.

[5a] Mit andern Worten: das Recht, durch Beweis der Zahlungsfähigkeit des Mitbürgen Abweisung des Gläubigers für den Theil des Mitbürgen zu erlangen.

[6] Es heißt in den Quellen immer nur, die Forderung müsse zwischen den Bürgen getheilt werden, die „solvendo" oder „idonei" seien. Dedekind §. 45.

gültigkeit, wenn der Bürge guten Grund hatte, sich darauf zu verlassen, daß er nur zu seinem Theile haften werde[7]. Dagegen wird das Recht auf Theilung, wie das Recht auf Vorausklage, verloren durch Verzicht[7a] und durch arglistige Ableugnung der Bürgschaft[8]; außerdem fällt es weg bei Bürgen, welche ein Vormund seinem Mündel gibt[9]. — Ist die Forderung einmal getheilt worden, so schadet die nun eintretende Zahlungsunfähigkeit des Mitbürgen demjenigen, welchem gegenüber getheilt worden ist,

---

[7] Dazu wird erfordert: a) daß er nicht vor dem Mitbürgen, sondern zugleich mit demselben, oder nach demselben eingetreten sei; b) daß er sich in Betreff der Ungültigkeit der Mitbürgschaft in einem entschuldbaren Irrthum befunden habe. L. 48 D. h. t. Wenn in dieser Stelle auch demjenigen das Recht auf Theilung nicht versagt wird, welcher sich neben einem Minderjährigen verbürgt hat, „propter incertum aetatis ac restitutionis“, so ist das so zu verstehen: 1) weil er sich über das Alter des Mitbürgen täuschen konnte; 2) weil er hoffen durfte, der Minderjährige werde Restitution nicht erbitten, oder sie werde ihm nicht ertheilt werden. Freilich wird diese Stelle sehr verschieden erklärt. Vgl. Girtanner S. 462 fg., dens. Arch. f. civ. Pr. XLIII S. 286 fg., Dedekind p. 123 sqq., und die von diesen Schriftstellern Citirten. — Für die nachträgliche Ungültigkeit gilt natürlich das Gleiche, wie für die ursprüngliche. Aber ebenso sehr versteht es sich von selbst, daß der Gläubiger durch Befreiung des einen Bürgen dem andern das benef. divisionis nicht nehmen kann. In l. 15 §. 1 D. h. t. ist entweder mit Girtanner Arch. f. civ. Pr. XLIII S. 281 fg. das „nulla exceptione“ bloß auf die exceptio pacti zu beziehen, oder mit Dedekind p. 123 sqq. statt „quindecim“ zu lesen „decem“. — Aus l. 48 cit. darf man nicht ein Argument für die Behauptung herleiten wollen, daß bei Ungleichzeitigkeit des Eintretens der mehreren Bürgen der vorher Eingetretene das Recht auf Theilung überhaupt nicht (auch bei Gültigkeit der Mitbürgschaft) habe (vgl. Note 2), indem man etwa so schlösse: auf die ungültige Mitbürgschaft kann man den Gläubiger nur dann verweisen, wenn man sich auf die Theilhaftung verlassen hat; also ist das Sichverlassen auf die Theilhaftung der Grund des Rechtes auf Theilung. Der wahre Gedankenzusammenhang ist vielmehr dieser: 1) der Mitbürge hat das Recht auf Theilung als Mitbürge; 2) er hat es nur dann, wenn der Mitbürge auch wirklich haftet; 3) er müßte sich denn auf bloße Theilhaftung mit Grund verlassen haben.

[7a] Seuff. Arch. XI. 40. — Liegt ein solcher Verzicht in dem Sichverpflichten „als Selbstschuldner“? Im Zweifel gewiß, und auch Nov. 99 c. 1 (§. 478 Note 7) steht hier nicht entgegen. Anders Seuff. Arch. VIII. 134.

[8] L. 10 §. 1 D. h. t. Der Bestimmung wird die heutige Geltung abgesprochen in dem Erk. bei Seuff. Arch. XVII. 37. Vgl. §. 263 Note 15.

[9] L. 12 D. rem pup. 46. 6, u. vgl. §. 443 Note 2.

nicht mehr[10]. Auch die vor der Theilung eintretende Zahlungsunfähigkeit schadet dann nicht, wenn der Gläubiger in der Beitreibung seiner Forderung nachlässig gewesen ist[11]. —

Für den Bürgen kann wieder ein Bürge angenommen wer-

---

[10] L. 51 §. 4 l. 52 §. 1 D. l. 16 C. h. t. In diesen Stellen wird gesagt, daß nach der Litiscontestation mit einem Bürgen (auf seinen Theil) die nun eintretende Insolvenz der Mitbürgen ihm nicht mehr schade. In diesen Stellen wird aber von der Annahme ausgegangen, daß der Proceß zugleich gegen sämmtliche Bürgen, gegen jeden auf seinen Theil, angestellt worden sei, und man könnte daher der Ansicht sein, der Grund der definitiven Befreiung eines jeden der Belangten werde lediglich darin gefunden, daß durch die Belangung auch der Uebrigen die gesammte actio consumirt sei. Es ist auch keinem Zweifel unterworfen, daß die genannten Stellen in ihrem ursprünglichen Sinne in dieser Weise ausgelegt werden können. Aber einerseits halte ich es für viel zu gewagt, zu behaupten, daß sie in dieser Weise ausgelegt werden müssen — sie können auch sehr wohl den Gedanken ausdrücken wollen, daß zwischen den zur Zeit der Litiscontestation Solventen eine definitive Theilung eintrete kraft des Gesetzes —: und andererseits ist es im Zusammenhang der Compilation wegen l. 28 C. h. t. geradezu unzulässig, jene Stellen aus der Klagenconsumtion, und daher nothwendig, sie in der so eben bezeichneten Weise zu erklären. Wie aber ist es, wenn ein Mitbürge auf seinen Theil nicht belangt, sondern dieser Theil außergerichtlich von ihm beigetrieben, oder wenn sein Theil auf sein Erbieten vom Gläubiger angenommen wird? L. 16 D. iud. solvi 46. 7 setzt offenbar voraus, daß in diesem Falle Alles so gehalten werden solle, als wenn es zur Litiscontestation gekommen wäre. Auf der anderen Seite sagt zwar l. 51 §. 1 D. h. t., daß „fideiussor, qui partem pecuniae suo nomine vel rei promittendi solvit" auch den Rest noch zahlen müsse, wenn der Mitbürge hinterher insolvent werde; aber diese Stelle kann sehr wohl von dem Falle verstanden werden, wo ein Bürge einen Theil der Schuld schlechthin, nicht aber *seinen* Theil, gezahlt hat, und die Worte „vel rei promittendi" scheinen diese Auslegung sogar nothwendig zu machen. — Die einem Mitbürgen gegenüber erfolgte Theilung wirkt auch nur diesem, nicht den andern Mitbürgen gegenüber. Wenn z. B. für eine Schuld von 300 drei Bürgen eingetreten sind, und von Einem werden seine 100 eingefordert, so bleiben die anderen Zwei in der Weise verhaftet, daß bei Insolvenz des Einen der Andere die ganzen 200 zahlen muß. — Vgl. über die in dieser Note behandelten Fragen: *Zimmern* in seinen u. Neustetel's römischrechtl. Untersuchungen I S. 269 fg., v. *Wening-Ingenheim* Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV. 17, *Girtanner* S. 457 fg., *Dedekind* p. 94 sqq., und die von diesen Schriftstellern Citirten.

[11] Dieß muß nach Analogie des für das Verhältniß des Bürgen zum Hauptschuldner Geltenden (§. 478 Note 10) behauptet werden. — Der Bürge kann nach der Praxis auch darauf klagen, daß der Gläubiger mit seiner For-

den (Afterbürge). Für denselben ist der erste Bürge Hauptschuldner. Besondere Grundsätze gelten für diesen Fall der Bürgschaft nicht[12].

d. Beendigung der Verpflichtung des Bürgen.

§. 480.

Die der Bürgschaftsverpflichtung eigenthümlichen Beendigungsgründe sind:

1. Wegfall der Hauptschuld. Hiervon ist bereits gehandelt worden (§. 477 Nr. 1. b).

2. Zusammenkommen der Hauptschuld und der Bürgschaftsverpflichtung in derselben Person[1]. Doch besteht in diesem Falle die Bürgschaftsverpflichtung fort, wenn sie wirksamer ist, als die Hauptschuld[2].

3. Wenn der Hauptschuldner die Befriedigung des Gläubigers ungebührlich verzögert, oder sein Vermögen verschwendet, so kann der Bürge verlangen, daß der Hauptschuldner ihm Befreiung verschaffe[3].

3. Rückgriff des Bürgen.

§. 481.

1. Ob der Bürge, welcher geleistet hat, auf den Hauptschuldner zurückgreifen kann, hängt von dem zwischen ihm und

---

derung sofort gegen ihn auftrete, bei Strafe, sich auf die später eintretende Insolvenz des Mitbürgen nicht mehr berufen zu dürfen, s. g. provocatio ex l. Si contendat. Bayer summ. Proc. §. 58, Wetzell Civilproc. S. 97 fg.

[12] L. 8 §. 12 l. 27 §. 4 D. h. t., l. 38 §. 5 D. de sol. 46. 3. Seuff. Arch. III. 217, XIII. 223.

[1] L. 5 l. 14 l. 71 pr. i. f. D. h. t., l. 13 D. de duob. reis 45. 2. Gilt dieser Satz auch für das constitutum? Für das constitutum als solches gewiß nicht, da dasselbe ja hauptsächlich auf eigene Schulden berechnet ist; für das constitutum zum Zweck der Bürgschaft aber allerdings, nach demselben Grundsatz, nach welchem er für den fideiussor im Gegensatz zum gewöhnlichen Correalschuldner gilt. §. 480.

[2] L. 21 §. 2 l. 95 §. 3 D. h. t. Daß aber für die Bürgschaftsverpflichtung wieder eine Bürgschaft bestellt ist, erhält sie nicht aufrecht, l. 38 §. 5 D. de sol. 46. 3. A. M. Girtanner S. 492.

dem Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältniß ab. Er kann es nicht, wenn er die Bürgschaft für eine Schuld übernommen hat, welche eigentlich ihn angeht[1], oder zwar im Interesse des Hauptschuldners, aber ohne die Absicht, denselben zu verpflichten[2]. Sonst kann er zurückfordern nach den Regeln entweder des Auftrags oder der Handlung in fremdem Interesse[3]. Auch wenn er geleistet hat, wozu er nicht verpflichtet war, kann er das Geleistete dann zurückfordern, wenn ihn keine Schuld trifft[4]; und er kann zurückfordern, ohne überhaupt geleistet zu haben, wenn der Gläubiger ihm die Schuld in der Absicht erlassen hat, um dadurch ihn zu bereichern[5]. — Dem Bürgen kann zur Sicherheit seines Rückforderungsrechtes von dem Hauptschuldner seinerseits ein Bürge gegeben werden (Rückbürge). Besondere Grundsätze gelten für diesen Fall der Bürgschaft nicht[6].

2. So weit der Bürge einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner hat[7], kann er auch von dem Gläubiger verlangen, daß dieser ihm seine Forderung gegen den Hauptschuldner abtrete[8].

---

[3] L. 38 §. 1 D. mand. 17. 1, l. 10 C. eod. 4. 35. Vgl. Girtanner S. 529 fg.

§. 481. [1] Vgl. l. 24 D. de pact. 2. 14, l. 8 §. 1 D. qui satisd. 2. 8.

[2] Z. B. er will dem Hauptschuldner eine eventuelle Schenkung machen, l. 6 §. 2 D. mand. 17. 1, l. 9 §. 3 D. de SC. Mac. 14. 6.

[3] Actio mandati oder actio negotiorum gestorum contraria. L. 6 §. 2 l. 18 l. 20 §. 1 l. 21 l. 22 pr. §. 1 l. 40 l. 60 §. 1 D. mand. 17. 1, §. 6 I. h. t.

[4] L. 10 §. 1 l. 12 l. 29 D. mand. 17. 1, l. 10 C. eod. 4. 35, l. 67 D. h. t.

[5] Z. B. um ihm zu schenken, oder auch aus irgend einem andern Grund. Vgl. l. 10 §. 13 l. 12 pr. §. 1. 2 D. mand. 17. 1, und dazu §. 368 Note 11 a. E. Zu l. 11 eod. vgl. §. 352 Note 4. — Auch schon auf Grund der Verurtheilung hat der Bürge einen Anspruch gegen den Hauptschuldner, natürlich nur auf Liberation. L. 38 §. 1 D. mand. 17. 1.

[6] L. 4 pr. D. h. t.

[7] Diese Beschränkung wird gewöhnlich nicht hinzugefügt, und ist auch in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt; aber ich halte sie für unzweifelhaft. Der Bürge hat einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner nur dann nicht, wenn er demselben das von ihm Gezahlte doch hätte ersetzen müssen, oder wenn er auf den Rückgriff verzichtet hat (Note 1. 2). In diesen Fällen aber würde ihm auch die vom Gläubiger freiwillig abgetretene Forderung nichts helfen; um so weniger darf er ihre Abtretung verlangen.

[8] S. g. beneficium cedendarum actionum. L. 36 D. h. t., l. 2. 21

3. Mitbürgen, welche mehr als ihren Theil geleistet haben, haben einen directen Rückgriff gegen die andern Mitbürgen nicht[9], wohl aber das Recht auf Forderungsabtretung gegen den Gläubiger, welchen sie befriedigen[10].

B. Die s. g. actiones adiecticiae qualitatis*.

1. Actio quod iussu[1], actio institoria[2], actio exercitoria[2].

§. 482.

Mit dem Namen actiones adiecticiae qualitatis[3] werden hergebrachtermaßen eine Reihe von Fällen bezeichnet, in welchen Jemand aus den Verpflichtungen eines Andern als Selbstschuldner

---

C. h. t., l. 95 §. 11 D. de sol. 46. 3, Nov. 4 c. 1. Girtanner S. 211 fg. 248 fg. 468 fg. 533 fg. Vgl. noch Knorr Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 170 fg. und Holzschuher III §. 311 Nr. 16. Seuff. Arch. VII. 313, XII. 117, XVII. 40. Wie viel kann mit der abgetretenen Klage von dem Mitbürgen gefordert werden? Seuff. Arch. XVII. 144.

[9] L. 39 D. l. 11 C. h. t., §. 4 I. h. t. A. M. Girtanner S. 538 Note 9. — Seuff. Arch. XVII. 39, XX. 132. Bl. f. RAnwendung zunächst in Bayern XXXIII S. 150 fg.

[10] L. 17 l. 36 l. 41 §. 1 D. h. t., l. 11 C. h. t., l. 12 D. rem. pup. 46. 6. Dedekind (§. 479) p. 129—133. Seuff. Arch. XX. 36. A. M. Savigny Obl. I S. 273 fg.

* Inst. 4. 7 Dig. 14. 5 Cod. 4. 26 quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur. — Ruhstrat Arch. f. d. Praxis des im GH. Oldenburg geltenden R. I S. 16 fg. Buchka Lehre von der Stellvertretung S. 22—61. Brinz krit. Blätter II S. 10—20. Savigny Obl. II S. 24 fg. 51 fg. Unterholzner I S. 414—439, Sintenis II S. 378—383. (Die beiden zuerst genannten Darstellungen schließen die actio de peculio aus.) §. 482.

[1] Dig. 15. 4 quod iussu. — Thibaut Arch. f. civ. Pr. XII. 10 (1829). Müller civilist. Abhandlungen Nr. 4 (1833). Schmidt Arch. f. civ. Pr. XXIX. 3 (1846). Chambon Beiträge zum Obligationenr. S. 179—268 (1851). Vangerow I §. 240 Anm.

[2] Dig 14. 1 de exercitoria actione, 14. 3 de institoria actione. Cod. 4. 25 de institoria et exercitoria actione. — C. A. Weiske skeptisch-praktische Behandlung einiger civilrechtl. Gegenstände Nr. 2 (1829). Kritz Pandektenr. I. 1 S. 288—347 (1835). Thöl Handelsrecht I §. 20—33c.

[3] Derselbe beruht auf l. 5 §. 1 D. de exerc. act. 14. 1: — „hoc edicto non transfertur actio, sed adiicitur". Vgl. l. 1 §. 17. 24 D. eod., l. 17 §. 1 D. de inst. act. 14. 3.

nach gesetzlicher Regel haftet. Das Gesetz gibt dem Gläubiger zu demjenigen, welcher zunächst sein Schuldner wird, einen zweiten Schuldner; das Verhältniß zwischen diesen beiden Schuldnern ist näher zu denken als Correalverhältniß[4].

Auf die ersten der hierher gehörigen Fälle gehen die in der Ueberschrift des §. genannten Klagnamen. Diese Klagnamen bezeichnen folgenden Satz: als Selbstschuldner haftet neben dem ein Rechtsgeschäft Abschließenden derjenige, welcher die Erklärung abgegeben hat, daß das Rechtsgeschäft rechtlich als mit ihm abgeschlossen gelten solle[5]. Diese Erklärung kann direct gegenüber dem andern Contrahenten abgegeben werden[6]; sie liegt aber auch schon darin, daß Jemand zur Besorgung eines gewissen Geschäftskreises angestellt wird[7], ja sie liegt in jedem Auftrag zum Ab-

---

[4] S. §. 297 Note 6; übrigens auch Keller Jahrb. des gem. R. III S. 174—179.

[5] L. 1. pr. D. quod iussu 15. 4. „Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur; nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet". L. 5 §. 3 D. de trib. act. 14. 4.

[6] Auf diesen Fall geht die actio quod iussu. Das Wort iussus hat hier den technischen Sinn, welcher in §. 412 Note 8a bezeichnet worden ist; es bedeutet nicht Befehl, sondern Verweisung, Anweisung. Indem man diese technische Bedeutung von iussus verkannte, und zu gleicher Zeit in's Auge faßte, daß die actio quod iussu auf den Fall berechnet ist, wo Jemand durch gewaltunterworfene Personen verpflichtet werden will (Note 10), hat man die Behauptung aufgestellt, daß der iussus an den Gewaltunterworfenen gerichtet werden müsse, oder doch, daß dieß der Normalfall der actio quod iussu sei. Vgl. den Bericht bei Vangerow a. a. O. Nr. 1. Die Quellen sprechen fast allein von einem iussus an den Dritten (s. namentlich l. 1 §. 1. 8. 9 l. 2 pr. §. 1. 2 l. 3 l. 4 l. 5 §. 1 D. h. t. 15. 4, §. 1. 5 I. quod cum eo 4. 7, l. 13 C. eod. 4. 26), und die einzige Stelle (zu l. 1 §. 2 D. h. t. 15. 4 vgl. l. 12 D. de SC. Mac. 14. 6), in welcher der iussus unzweifelhaft auf den Gewaltunterworfenen bezogen wird, l. 2 D. quod cum eo 14. 5, hat nicht die Absicht, die Voraussetzungen gerade der actio quod iussu anzugeben. Ein Geheiß an den Gewaltunterworfenen kann die actio quod iussu nur insofern begründen, als in diesem iussus indirect ein iussus auch an den Dritten liegt (vgl. Note 7), und in diesem Sinne wird aus einem solchen Geheiß — jedoch ohne daß es als iussus bezeichnet wird — die actio quod iussu allerdings gegeben in l. 5 §. 2 D. in rem verso 15. 3, l. 10 §. 2 D. de fidei. 46. 1, vgl. l. 1 §. 8. 9 D. h. t. 15. 4; s. andererseits aber auch l. 6 C. de inst. et exerc. act. 4. 25 (Note 8).

[7] Hierauf beruhen die actio institoria und die actio exercitoria. Jene

schluß eines Rechtsgeschäftes, welcher Jemandem ertheilt wird[8]. Nur ist in diesen letzteren Fällen erforderlich, daß das Rechtsgeschäft mit Bezugnahme auf Anstellung bez. Auftrag abgeschlossen worden sei[9]. Der im Voraus abgegebenen Erklärung steht hinterherige Genehmigung gleich[9a]. Ob derjenige, welcher das Rechtsgeschäft abschließen soll, in der Gewalt des Erklärenden steht, oder unabhängig von ihm ist, ist gleichgültig[10]. Ebenso ist gleichgültig, ob das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Ab-

---

ist begründet gegen denjenigen, welcher einen institor, d. h. einen Gewerbeführer, Gewerbeverwalter angestellt hat (§. 2 I. h. t. 3. 7, l. 3 — l. 5 §. 8 l. 18 D. h. t., Thöl §. 21. 22). Die actio exercitoria ist eine Anwendung der actio institoria für einen besonderen Fall (l. 1 pr. D. h. t. 14. 1, l. 4 C. h. t. 4. 25, l. 7 §. 1 l. 13 §. 2 D. de inst. act. 14. 3); sie ist begründet gegen den Schiffsrheder (exercitor), welcher einen Schiffsführer (magister navis) angestellt hat (§. 2 I. h. t. 4. 7, l. 1 pr. — §. 5. 15. 16 D. h. t. 14. 1). Vgl. §. 8 I. h. t. 4. 7: „Ei quoque, qui exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet; quia huius quoque iussu contractum intelligitur". L. 1. §. 2 D. de exerc. act. 14. 1: — „si quidem, qui magistrum praeponit, contrahi cum eo permittit". L. 29 D. de R. C. 12. 1.

[8] Die Quellen sagen, in diesem Falle sei eine actio ad exemplum institoriae actionis, eine utilis institoria, quasi institoria actio begründet. L. 31 pr. D. de neg. gest. 3. 5, l. 19 pr. D. h. t. 14. 3, l. 10 §. 5 D. mand. 17. 1, l. 13 §. 25 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5. 6 C. h. t. 4. 25.

[9] L. 1 §. 9 D. de exerc. act. 14. 1. Thöl §. 29. Also es ist erforderlich: 1) daß der dritte Contrahent von der Anstellung bez. dem Auftrage gewußt, und mit Beziehung auf dieselben contrahirt habe; 2) daß diese seine Willensrichtung in dem Geschäfte auch erkennbar hervorgetreten sei. Ob dieß aber in der Weise geschieht, daß der Angestellte 2c. sich von vorne herein als Geschäftsführer präsentirt, und mit ihm darauf hin das Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, oder in der Weise, daß der dritte Contrahent erklärt, er schließe mit ihm nur im Hinblick auf seine Anstellung 2c. ab, ist gleichgültig. — Gegen die von Savigny Obl. II S. 61—69 aufgestellte Ansicht, daß der Geschäftsherr aus den Rechtsgeschäften seines Geschäftsführers unter allen Umständen hafte, s. namentlich Jhering Jahrb. f. Dogm. I. S. 312 fg. 335 fg. Seuff. Arch. XVIII. 241.

[9a] L. 1 §. 6 vgl. §. 4 D. h. t. 15. 4.

[10] Die actio quod iussu setzt allerdings Gewaltunterworfenheit des Abschließenden voraus, während die actio institoria und die actio exercitoria auch aus Geschäften unabhängiger Personen gegeben werden (§. 2 I. h. t. 4. 7). Die actio quasi institoria (Note 8) aber deckt alle Fälle der actio quod iussu.

schließenden, oder die des Erklärenden betrifft[11]. Nur muß, wenn es die Angelegenheiten des Abschließenden betrifft, die Erklärung in dem Sinne erfolgt sein, daß die zu begründende Verbindlichkeit nicht bloß formal, sondern auch materiell eine eigene Verbindlichkeit des Erklärenden werden soll; sonst gilt das Recht der Bürgschaft[12]. Betrifft ferner das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Erklärenden, so wird regelmäßig der Abschließende bei dem Abschluß an den Tag legen, daß er nicht für sich, sondern für den Erklärenden, nicht in eigenem Namen, sondern im Namen

---

[11] Dieß ist bestritten. Nach der Meinung Anderer soll die actio quod iussu (bei der actio institoria und der actio exercitoria ist es von selbst klar, daß es sich um Angelegenheiten des Erklärenden handelt) nur dann begründet sein, wenn das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Contrahirenden, oder umgekehrt nur dann, wenn es die Angelegenheiten des Erklärenden betrifft; s. den Bericht bei Vangerow a. a. O. Nr. 2. Aber die erste Meinung beruht auf einer offensichtlich falschen Erklärung der l. 5 pr. D. h. t. 15. 4 und l. 4 C. quod cum eo 4. 26, und steht im Widerspruch mit l. 5 §. 3 D. de in rem verso 15. 3. Wenn die zweite Meinung richtig wäre, so müßte die actio quod iussu auch bei Rechtsgeschäften in Betreff des peculium concessum unzulässig sein — denn auch diese sind für den Herrn und Vater negotia aliena, da er aus ihnen nur bis zum Belange des peculium haftet —; und dieß, wie es bei der allgemeinen Ausdrucksweise der Quellen an und für sich unwahrscheinlich ist, wird direct widerlegt durch l. 9 §. 8 D. de pec. 15. 1, l. 10 §. 10 D. de in rem verso 15. 3. S. auch l. 1 C. quod cum eo 4. 26, l. 7 D. de tut. 26. 1, l. 21 D. de adm. et per. 26. 7, Paul. S. R. I. 4 §. 6. Ueber l. 25 D. ad SC. Vell. 16. 1 und l. 1 §. 5 D. h. t. 15. 4 s. die folgende Note.

[12] Es muß die Erklärung eben nicht zum Zweck der Sicherstellung des dritten Contrahenten abgegeben worden sein. Zu diesem Satze paßt zwar nicht ganz das „periculo meo" in l. 1 §. 1 D. h. t. 15. 4; aber seine Annahme wird unbedingt nothwendig durch l. 25 D. ad. SC. Vell. 16. 1. „Si domina servo suo credi iusserit, actione honoraria tenetur. Quod si pro eo fideiusserit, exceptione SCi Velleiani iudicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit". Ließe die actio quod iussu zu, daß die zu begründende Verbindlichkeit als materiell fremde übernommen werde, so hätte die Haftung der Frau aus der actio quod iussu nicht als unbedingte hingestellt werden können. Vgl. auch l. 1 §. 5 D. h. t. 15. 4. „Quid ergo si fideiusserit pro servo? Ait Marcellus, non teneri quod iussu; quasi extraneus enim intervenit". — Viel eher könnte man auf Grund dieser Stellen die Behauptung aufzustellen geneigt sein, daß die durch den iussus übernommene Verbindlichkeit nicht bloß eine materiell eigene werden, sondern von Anfang an eine materiell

des Erklärenden zu handeln gemeint sei, und dann haftet nach dem im heutigen Recht anerkannten Princip der directen Stellvertretung der Abschließende gar nicht, und nur der Erklärende[13]; ausgeschlossen ist es jedoch nicht, daß der Abschließende auch in eigenem Namen handele, und also zunächst sich, und erst durch sich den Erklärenden zum Schuldner mache[14]. — Im Einzelnen ist noch Folgendes zu bemerken. 1) Haftet der Erklärende für die Schuld des Abschließenden nur in derjenigen Gestalt, in welcher sie durch den Abschluß des Rechtsgeschäftes begründet worden

eigene gewesen sein müsse; aber dem steht das in der vorigen Note Bemerkte entgegen.

[13] S. oben §. 313.

[14] Man unterscheide folgende Fälle. a) Das Rechtsgeschäft ist von der Art, daß es im Namen des Erklärenden gar nicht vorgenommen werden kann. Von dieser Art ist die Bürgschaft für den Erklärenden; s. l. 10 §. 2 D. de fidei. 46. 1, welche Stelle aus einer von dem Sohne für den Vater geleisteten Bürgschaft gegen den Letzteren die actio quod iussu gibt. b) Das Rechtsgeschäft könnte auch im Namen des Erklärenden vorgenommen werden; aber während der Erklärende den iussus direct an den dritten Contrahenten richtet (actio quod iussu), beauftragt er den Abschließenden ebenso ausdrücklich, in seinem eigenen (des Abschließenden) Namen abzuschließen. c) Die Erklärung an den Dritten liegt in der Anstellung des Abschließenden, in dem ihm ertheilten Auftrag (actio institoria, exercitoria, quasi institoria). In diesem Falle ist, damit die actio institoria etc. überhaupt begründet sei, beim Abschluß des Rechtsgeschäfts Bezugnahme auf die Anstellung ꝛc. erforderlich (Note 9), und es ist zuzugeben, daß durch diese Bezugnahme regelmäßig auch ein Contrahiren im Namen des Principals gegeben sein wird; aber nothwendig ist dieß nicht. Wie, wenn der Angestellte ꝛc. ausdrücklich erklärte, daß er zwar in Ausführung des ihm ertheilten Auftrages, aber nichtsdestoweniger in eigenem Namen abzuschließen gewillt sei: würde man auch in diesem Falle nicht ihn, oder umgekehrt nur ihn, wollen haften lassen? Nur ihn — wo dieß doch genau der Fall wäre, auf welchen die actio institoria und exercitoria berechnet sind? Und was ausdrücklich erklärt wirksam ist, sollte das weniger wirksam sein, wenn es aus den Umständen als gewollt unzweifelhaft erkannt werden kann? Der hier vertheidigten Ansicht sind Sintenis II S. 370. 362 in der Anm., Zaun Arch. f. pr. RW. N. F. I S. 40. 41. Dawider namentlich Thöl §. 25 Note 1. §. 29 Note 1; s. auch Laband Zeitschr. f. Handelsr. X S. 196 fg. Auch das HGB. kennt nur Contrahiren in eigenem Namen schlechthin und Contrahiren in fremdem Namen, kein Mittleres (Art. 52). — Ueber die heutige Anwendbarkeit der actio quod iussu speciell s. die verschiedenen Ansichten bei Chambon S. 253 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 3, Sintenis §. 102 Anm. 91.

ist, oder ergreift ihn diese Schuld auch in derjenigen Gestalt, welche sie durch ein späteres rechtswidriges Verhalten des Abschließenden annimmt? Es ist das Letztere zu sagen; nur mit der Maßgabe, daß, wenn das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Erklärenden betrifft, der Erklärende für die Rechtswidrigkeit des Abschließenden bloß dann haftet, wenn es mit seinem Willen geschehen ist, daß derselbe in eigenem Namen, und nicht im Namen des Erklärenden abgeschlossen hat[15]. 2) Mehrere Erklärende

---

[15] L. 5 §. 8. 10 D. de inst. act. 14. 3. Thöl §. 33 Nr. 2 schließt die Verhaftung des Principals für unerlaubte Handlungen des Institor unbedingt aus. „Denn so weit der Institor nicht contrahirt, ist er gar nicht in seiner Sphäre als Institor". Ich meine, der römische Institor, welcher eben in eigenem Namem contrahiren sollte, war in seiner Sphäre als Institor, auch nachdem er contrahirt hatte. Ein unmittelbarer Beweis liegt in den zu Anfang dieser Note genannten Stellen. Thöl meint, in diesen Stellen würden die unerlaubten Handlungen des Institor nicht als die Handlungen eines Institor, sondern als die Handlungen eines Gehülfen, durch welchen der Principal die vom Institor für ihn begründete Verbindlichkeit erfüllen lasse, in Betracht gezogen. Aber der Satz, daß der Schuldner unbedingt für die Handlungen des Gehülfen einstehe, dessen er sich bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, kann als richtig nicht anerkannt werden (§. 401 Note 5); und auch abgesehen hiervon wäre es doch auffallend, wenn die Frage ob Jemand Institor sei — denn nur um diese Frage handelt es sich im Zusammenhang jener Stellen — mit Beziehung auf einen Fall erörtert würde, in welchem der Institor als Institor gar nicht in Betracht kommt. Was hätte den Juristen bewegen können, in die Frage, welche er wirklich beantworten will, eine ganz andere Frage hineinzuwerfen, und diese nebenbei und ganz stillscheigend mit abzumachen? Wie Thöl: Burchardi Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen S. 166 fg., Ubbelohde Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 281, Seuff. Arch. IV. 35, vgl. V. 164, VI. 190. Gegen Thöl auch v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 122 fg. — Die l. 5 §. 10 cit. ist in der neueren Zeit der Gegenstand sehr eingehender Erörterungen geworden, welche sich aber nicht auf die hier verhandelte Frage, sondern auf die Erklärung des Zusammenhanges der Stelle beziehen. Es sind darüber vier verschiedene Meinungen aufgestellt worden: 1) die von Puchta §. 278. d, vertheidigt von Rudorff das., Dedekind Arch. f. civ. Pr. XLI. 8, Burchardi a. a. O.; 2) die von Vangerow III §. 661 (Mühlenbruch Cession S. 143 Note 287, Kritz a. a. O. S. 315 fg.), vertheidigt von Keller Jahrb. d. gem. R. II. 5; 3) die von Thöl a. a. O. 4) die von Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 78 fg. Von diesen verschiedenen Meinungen würde auf die hier verhandelte Frage nur die Vangerow-Keller'sche von Einfluß sein, nach welcher die Personen des Institor und

haften jeder auf das Ganze[16]; sie sind, wie mit dem Abschließenden, so auch unter sich Correalschuldner[16a]. 3) Der Abschließende haftet ebenso unbedingt, wie der Erklärende, und auch wenn er als Geschäftsführer gehandelt hat, nicht etwa nur so lange, wie seine Geschäftsführung dauert[17]. 4) Ein Forderungsrecht aus dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft hat der Erklärende, abgesehen von der Einwirkung eines zwischen ihm und dem Abschließenden

---

des die unrechtmäßige Handlung Begehenden nicht zusammenfallen, dieser letztere vielmehr nur als Gehülfe erscheint. Aber gegen diese Erklärung spricht: 1) daß auch in den beiden vorhergehenden §§. der Institor und der die unrechtmäßige Handlung Vornehmende dieselbe Person sind; 2) daß es in der von Keller angezogenen Stelle aus den S. R. des Paulus II. 8 §. 3 heißt: „quod cum discipulis . . . contractum est", wonach also das Thöl-Ihering'sche Bedenken aufrecht bleibt; 3) wenn die Lehrlinge durch ihr Annehmen den Institor verpflichten können, warum nicht auch den abwesenden Principal, welcher sein Geschäft in seiner Abwesenheit durch einen „procurator" weiter treiben läßt? Mir scheint von allen jenen Erklärungen die Ihering'sche noch am Meisten für sich zu haben. Die Puchta'sche hat, wie ich glaube, durch die von Rudorff in der 8. Aufl. am Schluß hinzugefügte Bemerkung nicht gewonnen. Zu dem letzten Satz der Stelle vgl. noch l. 5 pr. D. quod iussu 15. 4, l. 4 C. quod cum eo 4. 26.

[16] L. 5 §. 1 D. quod iussu 15. 4, l. 1 §. 25 — l. 4 §. 2 D. de exerc. act. 14. 1, l. 13 §. 2 l. 14 D. de inst. act. 14. 3. Thöl Handelsr. §. 37 (S. 214. 215) behauptet, die solidarische Verhaftung falle weg, wenn der Regreß gegen den Genossen aus rechtlichen oder factischen Gründen ausgeschlossen sei. Er beruft sich dafür weniger auf l. 14 D. de inst. act. 14. 3 (a. a. O. Note 15), als auf l. 13 §. 2 eod. in Verbindung mit l. 27 §. 8 l. 28 D. de pec. 15. 1, in welchen letzteren Stellen aber von Fällen die Rede ist, in denen eine solidarische Verhaftung des Genossen gar nicht stattfindet. Vgl. auch Vangerow III S. 494, Gensel Arch. f. prakt. RW. N. F. I S. 191.

[16a] Denn sie haften aus derselben Obligation.

[17] Denn er hat sich ja in eigenem Namen verpflichten wollen. L. 67 D. de proc. 3. 3. Man hat das Gegentheil behauptet wegen l. 20 D. de inst. act. 14. 3, welche aber von einem Falle handelt, in dem angenommen wird, daß der Geschäftsführer gar nicht die Absicht gehabt habe, überhaupt eine Verpflichtung für sich zu begründen („nec iure his verbis obligatum"). Ruhstrat a. a. O. (Note *) S. 45. 46 und Arch. f. civ. Pr. XXX S. 345, Thöl §. 26 Note 9, Vangerow III §. 661 Anm. — Noch viel weniger begründet ist die Behauptung, daß der Geschäftsführer auch bei währender Geschäftsführung nicht genöthigt werden könne, den Gläubiger aus eigenem Vermögen zu befriedigen. Vgl. Vangerow a. a. O. und andererseits Holzschuher III §. 276 Nr. 5.

bestehenden Gewaltsverhältnisses, nur im Fall der Noth oder aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt[18].

2. Actio de in rem verso*.

§. 483.

Als Selbstschuldner haftet neben dem ein Rechtsgeschäft Abschließenden auch der durch dieses Rechtsgeschäft Bereicherte[1] bis zum Belange der Bereicherung; jedoch nur mit folgenden Maßgaben. 1) Es muß dem Bereicherten die Bereicherung in einer Weise zugegangen sein, daß er dadurch zum Ersatz an den Abschließenden verpflichtet wird[2]; auch muß diese Verpflichtung nicht

---

[18] L. 2 D. de inst. act. 14. 3: — „si modo aliter rem suam servare non potest". L. 1 §. 18 D. de exerc. act. 14. 1: — propter ministerium annonae". S. noch l. 5 D. de stip. praet. 46. 5, l. 49 §. 2 D. de acq. vel om. po. 41. 2. Wie die Compilatoren die im Text bezeichnete Maßgabe der l. 1 D. de inst. act. 14. 3 hinzugefügt haben, so ist mit derselben auch l. 13 §. 25 D. de A. E. V. 19. 1 zu verstehen. S. auch l. 1 §. 18 D. de exerc. act. 14. 1. Mühlenbruch Cession S. 145. 146, Thöl §. 24, Schmid Cession I S. 403 fg. 422 fg., Ihering Arch. f. prakt. RW. N. F. IV S. 335 fg.

* Dig. 15. 3 de in rem verso. — S. außer den bei §. 482 Note * genannten Schriftstellern: Keller commentatio ad L. Si ex duobus 32 pr. §. 1 ff. de peculio (1822). Kritz Pandektenrecht I. 1 S. 429—476 (1835). Leist civilistische Studien II S. 61—102 (1855). H. Witte Bereicherungsklagen S. 256—273 (1859).

§. 483. [1] L. 1. pr. D. h. t.: — „tenentur . . . si in rem eorum, quod acceptum est, conversum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur".

[2] Mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Fall, wo die Bereicherung dem Bereicherten durch den das Rechtsgeschäft Abschließenden selbst zugeht (Note 7), heißt es in den Quellen, dieser dürfe dem Bereicherten nicht animo donandi, er müsse ihm animo negotia gerendi die Bereicherung zugewendet haben. L. 7 pr. l. 10 §. 2 D. h. t.; l. 5 §. 3 l. 7 §. 5 l. 10 §. 10 l. 11 D. eod. Mit diesen ganz zweifellos redenden Stellen steht l. 7 §. 1 D. h. t. („Plane si mutuum servus acceperit, et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est") in so handgreiflichem Widerspruch (ein mißlungener Lösungsversuch bei Buchka Stellvertr. S. 32 Note 6), daß ich nicht anstehe, statt „est" zu lesen „cessat". — Auch l. 3 §. 2 D. h. t. („Et regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem") darf hierher gezogen werden, ob-

hinterher wieder weggefallen sein[3]. 2) Wenn der Abschließende nicht der väterlichen Gewalt des Bereicherten unterworfen ist[4], so muß das Rechtsgeschäft in des Letzteren Angelegenheiten, und mit Hinweisung darauf, daß es dessen Angelegenheiten betreffe, vorgenommen worden sein[5]. — Die Bereicherung[5a] kann dem

---

gleich diese Stelle, wie der Zusammenhang lehrt, unmittelbar nur von der Frage handelt, wann man sagen dürfe, daß der Herr wirklich bereichert worden sei. — Witte a. a. O. führt, namentlich auf Grund der zuletzt genannten Stelle, in weiterer Entwickelung eines Gedankens von Keller, die actio de in rem verso auf eine Fiction der Cession der dem Abschließenden gegen den Bereicherten zustehenden actio mandati oder negotiorum gestorum zurück, indem er für den Fall, von welchem das römische Recht ausgegangen ist, dem, wo der Abschließende der Gewalt des Bereicherten unterworfen ist (Note 4), die weitere Fiction hinzunimmt, daß diesem eine Klage gegen den Gewalthaber wirklich zustehe. Ich glaube nicht, daß dieß der Gedankenzusammenhang des römischen Rechtes ist. Mir ist es nicht zweifelhaft, daß der wirkliche Anlehnungspunkt der actio de in rem verso die actio de peculio ist. Wenn der Gewaltunterworfene ein peculium hat, und die actio de peculio noch begründet ist, so ist die actio de in rem verso überflüssig, indem die natürliche Verbindlichkeit, welche für den Gewalthaber aus der zu seinem Gunsten gemachten Verwendung entstanden ist, bei der Berechnung des peculium mit in Anschlag gebracht wird (l. 1 §. 2 l. 19 D. h. t.). In der actio de in rem verso wird nun die natürliche Verbindlichkeit des Gewalthabers aus der Verwendung auch für den Fall zur Geltung gebracht, wo die actio de peculio entweder nie begründet gewesen ist, oder begründet zu sein aufgehört hat. Auf diesen Zusammenhang weist auch hin, daß beide Klagen in derselben Formel zusammengefaßt wurden (Gai. III. 73, §. 4 I. h. t.). Vgl. l. 19 cit. i. f.: — „quae tamen adiectio tunc necessaria est, cum annus post mortem filii excessit".

[3] L. 10 §. 6—9 D. h. t. Seuff. Arch. VI. 192.

[4] Die actio de in rem verso ist ursprünglich nur für die Rechtsgeschäfte gewaltunterworfener Personen aufgestellt, und erst später auf die Rechtsgeschäfte Unabhängiger ausgedehnt worden, l. 7 §. 1 C. h. t. 4. 26, l. 82 D. pro soc. 17. 2. S. übrigens auch Note 5 a. E.

[5] Wenn der das Rechtsgeschäft Abschließende der Gewalt des Bereicherten unterworfen ist, so ist es nicht erforderlich, daß das Rechtsgeschäft in Angelegenheiten des Gewalthabers abgeschlossen worden sei. L. 5 §. 3 l. 3 §. 1 i. f. D. h. t., l. 3 pr. l. 7 §. 2 eod. Die gegentheilige Behauptung Leist's S. 64, welcher sogar so weit geht, zu verlangen, daß auch der dritte Contrahent im Hinblick auf den Gewalthaber abgeschlossen haben müsse, findet weder in l. 3 §. 9 D. h. t., noch in den übrigen von Leist angeführten Stellen eine Stütze. Zu Paul. S. R. II. 9 §. 1 vgl. die Note von Huschke in seiner Ausgabe. Der animus negotia gerendi des Abschließenden beim

Bereicherten möglicherweise schon durch den Abschluß des Rechtsgeschäfts selbst zugehen, wenn ihm dadurch nämlich die Eingehung einer eigenen Verbindlichkeit erspart, oder er von einer eigenen

---

Abschluß des Geschäfts ist nur insoweit nöthig, als im gegebenen Fall ohne ihn kein Ersatzanspruch gegen den Bereicherten begründet sein würde (Note 6 und l. 7 §. 4 D. h. t. [Note 7]). S. auch Witte S. 270 fg. Ist dagegen der das Rechtsgeschäft Abschließende der Gewalt des Bereicherten nicht unterworfen, so ist die actio de in rem verso gegen den Bereicherten nur dann begründet, wenn sowohl: a) das Rechtsgeschäft in dessen Angelegenheiten abgeschlossen worden, als auch b) der Abschließende dabei als Geschäftsführer hervorgetreten ist. Das erste Erforderniß ist früher vielfach verkannt worden, woraus sich eine ganz ungebührliche Ausdehnung der actio de in rem verso ergeben hat; jetzt wird es wohl nicht mehr bestritten. S. Kämmerer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 350 fg., Fritz Erläuterungen II S. 248 fg., Witte S. 268, Sintenis §. 102 Note 86, Ube Arch. f. civ. Pr. L. 6 S. 374 fg. Was die Praxis angeht: Seuff. Arch. I. 211, IV. 221, VIII. 257, XVI. 44. Das zweite Erforderniß wird auch heutzutage bei Weitem nicht allgemein anerkannt. Für dasselbe mit Lebhaftigkeit Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 339 fg.; dagegen Ruhstrat (§. 472*) S. 49 fg., Thöl §. 27 b a. E. Aus den Quellen läßt sich eine directe Entscheidung nicht gewinnen. In l. 13 C. si cert. pet. 4. 2, auf welche sich Ruhstrat beruft, wird das Gewicht des „principaliter obligatum“ durch die von Ihering angeführte l. 4 C. si tutor 2. 25 gebrochen. L. 7 §. 1 C. h. t. 4. 26, l. 82 D. pro soc. 17. 2 verlangen Geschäftsführung im Allgemeinen, ohne es besonders hervorzuheben, daß der Geschäftsführer auch als solcher hervorgetreten sein müsse (aus den Worten „et eius personam elegisti“ geht nur hervor, daß der dritte Contrahent seine Qualität als Geschäftsführer gekannt habe), — obgleich andererseits auch nichts die Annahme verbietet, und es sogar wahrscheinlich ist, daß sie dieß als selbstverständlich voraussetzen. Für mich ist entscheidend die Analogie der actio institoria (§. 482 Note 9). Wenn der Dritte selbst aus seiner Erklärung nicht haftet, ohne daß das Rechtsgeschäft in ausgesprochenem Hinblick auf seine Person abgeschlossen worden ist, so kann er auch aus seiner Bereicherung ohne eine solche Bezugnahme nicht haften. — Es fehlt übrigens auch nicht an Solchen, welche die Ausdehnung der actio de in rem verso auf unabhängige Geschäftsführer ganz leugnen, und in l. 7 §. 1 C. h. t. nur eine actio negotiorum gestorum anerkannt glauben. S. Kämmerer a. a. O. S. 351, Fritz a. a. O. S. 248 Note 432; auch Puchta Vorl. zu §. 279 a. E. Andere (Savigny Obl. II S. 32, Arndts §. 248 Anm. 3) wenden wenigstens hier die Fiction der Cession an, von welcher in Note 2 die Rede gewesen ist, und erklären die Klage des dritten Contrahenten gegen den Geschäftsführer für die als cedirt gedachte actio mandati oder negotiorum gestorum des Geschäftsherrn.

[5a] Vgl. zum Folgenden namentlich Leist S. 66 fg.

Verbindlichkeit befreit wird[6]; möglicherweise erst dadurch, daß dasjenige, was der Gläubiger bei dem Rechtsgeschäft seinerseits aufgeopfert hat, in sein Vermögen verwendet wird[7]. Ist die Bereicherung einmal bewirkt worden, so schadet hinterheriger Wegfall derselben nicht[8].

3. Actio de peculio*.

§. 484.

Der Vater[1] haftet als Selbstschuldner aus den Verpflichtungen der seiner Gewalt unterworfenen Kinder mit Allem, was er denselben zum factisch selbständigen Haben überlassen hat, so daß es, ohne rechtlich aus dem Vermögen des Vaters auszuscheiden, äußerlich als Vermögen des Kindes erscheint (Peculium, Sondergut)[2]. Dieser Satz hat für das heutige Rechtsleben eine

---

[6] L. 17 pr. l. 19 l. 10 §. 1. 2 D. h. t. Vgl. l. 15 D. h. t.; aber auch l. 10 §. 2 D. de fidei. 46. 1.

[7] Diese Verwendung wird regelmäßig durch den Abschließenden erfolgen; daß dieß aber nicht der einzig mögliche Fall ist, zeigen l. 7 §. 4 D. h. t. (Verwendung durch den Gläubiger selbst), l. 19 eod. (der Vater nimmt eine von dem Sohne gekaufte Toga, nicht wissend, daß sie zu dessen peculium gehört, an sich). Von jenem regelmäßigen Falle handeln l. 3 §. 1. 3—8. 10 l. 5 pr. §. 2 l. 7 §. 5 l. 8. 9 l. 10 pr. l. 12. 15. 19 l. 20 pr. l. 21 D. h. t. Zu l. 3 §. 3 cit. vgl. Seuff. Arch. IX. 305. 306, X. 61, XVII. 64.

[8] L. 3 §. 7. 8. 10 l. 17 pr. D. h. t.

* Dig. 15. 1 de peculio, 15. 2 quando de peculio actio annalis sit. §. 484.
— Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V. 4 (1848). Dietzel Jahrb. d. gem. R. II. 1. 12, III. 3 (1858. 1859). Keller das. III. 6 (1859). Rösler Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 300—318 (1861). Bekker das. IV S. 501—537 (1861). Außerdem gehört hierher die im vorigen §. bei * citirte Dissertation von Keller. S. auch dens. Litiscontestation u. Urtheil S. 420 fg. 544 fg.

[1] „Vater" wird hier repräsentativ für den Inhaber der Gewalt gesagt. Das Gleiche, wie für den Vater gilt für den Großvater ꝛc., in dessen Gewalt der Enkel ꝛc. steht.

[2] L. 39 D. h. t. „Peculium ex eo consistit, quod ... velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit". L. 47 §. 6 eod.: — „quia quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intelligitur". L. 32 pr. i. f. h. t. — Nach römischem Recht ist Peculium Alles, was aus dem Vermögen des Vaters an das Kind gelangt, selbst wenn der Vater es mit dem Willen dem Kinde überlassen hat, daß es in das Vermögen des

unendlich geringere Bedeutung, als er für das römische hatte[3]; unanwendbar ist er aber auch heutzutage nicht[4]. Das Nähere ist Folgendes.

Kindes übergehen solle; das Kind kann vom Vater nicht erwerben. Pr. I. per quas pers. 2. 9, l. 6 pr. C. de bon. quae lib. 6. 61. Ob dieß noch heutzutage gilt, ist bestritten. Es findet sich die Behauptung (s. Note 4), daß heutzutage Schenkungen des Vaters an das Kind gültig seien. Diese Behauptung darf jedenfalls nicht darauf gestützt werden, daß, wie auch ich annehme, im heutigen Recht, anders als im römischen, Rechtsgeschäfte zwischen dem Vater und dem Kinde in der Gewalt zulässig sind. Denn der Satz, daß Alles, was ex substantia patris an das Kind kommt, Vermögen des Vaters bleibe, wird in den Quellen nicht als Consequenz der Unzulässigkeit von Rechtsgeschäften zwischen Beiden, sondern als directe Consequenz der Erwerbunfähigkeit des Kindes, welche in dieser Beziehung aufrechterhalten wird, behandelt. Wie die Unzulässigkeit von Rechtsgeschäften zwischen Vater und Kind beim peculium castrense wegfällt (l. 2 pr. D. de contr. emt. 18. 1), so muß sie auch beim peculium adventicium wegfallen, und es ist Zufall oder Nachlässigkeit, daß dieß in den Quellen nicht ausdrücklich ausgesprochen worden ist. Dagegen ist die Erwerbunfähigkeit des Kindes in der bezeichneten Beziehung von den Compilatoren mit vollem Bewußtsein aufrechterhalten worden. Es kann sich daher nur darum handeln, ob nicht Schenkungen zwischen Vater und Kind durch ein modernes, gerade auf Schenkungen gerichtetes Gewohnheitsrecht zulässig geworden sind. Ich bin nun allerdings der Ansicht, daß ein solches Gewohnheitsrecht nicht ganz wird geleugnet werden können, glaube aber nicht, daß es sich in weiterem Umfang nachweisen läßt, als in Betreff Dessen, was der Vater dem Kinde zum Zweck der Begründung einer selbständigen Wirthschaft, oder zum Zwecke der Abschichtung aus der väterlichen Erbschaft zuwendet. S. Seuff. Arch. XIV. 44; VII. 195, IX. 44. 304, XV. 30; II. 305; I. 353, XVII. 255. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I S. 109 (88). Vgl. auch Arndts §. 436 Anm. 4 a. E.

[3] Weil bei uns die väterliche Gewalt aufhört, sobald das Kind im Stande ist, für sich selbst zu sorgen, und in Folge davon einen selbständigen Haushalt begründet. Bei den Römern war die Einräumung eines Peculium hauptsächlich gerade auf den Fall berechnet, wo das Kind nach Außen hin selbständig geworden war; die ihm auch jetzt noch fehlende Vermögensfähigkeit sollte ihm durch das Peculium ersetzt werden. — Eine noch wichtigere Anwendung fand das Peculium im römischen Rechtsleben bei den Sclaven.

[4] Für die heutige Unanwendbarkeit der actio de peculio und der römischen Grundsätze vom s. g. peculium profecticium überhaupt hat sich namentlich die gewichtige Stimme Kraut's ausgesprochen, Vormundschaft II S. 640 fg.; nach ihm Dollmann Bl. f. RAnwend. zunächst in Bayern XIV S. 129 fg.; ferner Seuffert Pand. III §. 485, Savigny Obl. II S

1. Der Vater haftet mit Allem, was er dem Kinde in der bezeichneten Weise überlassen hat[5]. Das Ueberlassen kann in einem Geben[6] bestehen, aber auch in einem Nichtnehmen des vom Kinde anderweitig Erlangten[7].

52; von Aelteren s. die bei Kraut S. 641 Note 25 Genannten. Kraut's Argumentation ist diese: nach heutigem Recht sind Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind erlaubt, also auch Schenkungen, das Geschenkte wird also pec. adventicium und nicht pec. profecticium; insofern aber der Vater dem Sohne ein Vermögen zur eigenen Disposition ohne die Absicht zu schenken übergibt, führen die heutzutage über freie Stellvertreter geltenden Grundsätze zu dem gleichen Resultat, wie die actio de peculio. Ich halte aber nun zunächst das Letztere für entschieden irrig. Nach dem heutigen Rechte der Stellvertretung haftet der Vater auf das Ganze, wenn das Kind in des Vaters Namen contrahirt hat; hat aber das Kind in eigenem Namen contrahirt, und darauf ist ja eben die actio de peculio berechnet, so haftet der Vater gar nicht. Was sodann die Behauptung der unbedingten heutigen Gültigkeit von Schenkungen zwischen Vater und Kind angeht, s. die Note 2. Seuffert stellt Alles darauf ab, worauf nebenbei auch Kraut hinweist, daß das dem Sohne zur Begründung einer eigenen Wirthschaft übergebene Vermögen eben auch den Austritt aus der väterlichen Gewalt begründe. Es sind dabei die Fälle übersehen, wo der Vater dem Sohne Vermögen nicht zur Begründung einer eigenen Wirthschaft, und wo er ihm Vermögen zur Begründung einer eigenen Wirthschaft nicht in der Absicht zu schenken überläßt, so daß das Kind fortfährt, aus den Mitteln des Vaters zu leben. Savigny beruft sich ohne nähere Ausführung darauf, daß das heutige Peculium nicht mehr die römische Bedeutung habe. — Eine ganz eigenthümliche Stellung zur Frage nimmt Dietzel in den beiden bei * genannten Aufsätzen ein. Er behauptet nämlich, daß die actio de peculio bereits im Justinianischen Rechte weggefallen sei. Denn peculium sei nach classischem Rechte nicht das dem Kinde vom Vater überlassene Vermögen, sondern alles vom Kinde erworbene Vermögen, auch ohne Concession des Vaters; die Grundlage der actio de peculio sei also nicht das peculium, sondern die „Peculienfähigkeit" des Kindes gewesen, und diese habe sich im Justinianischen Recht in eine Vermögensfähigkeit verwandelt. In dem zweiten Aufsatz sucht er dann noch auszuführen, daß durch Schenkungen des Vaters an das Kind bereits nach classischem Recht kein peculium erzeugt worden sei, d. h. daß das Geschenkte Vermögen des Vaters geblieben sei, ohne daß derselbe mit der actio de peculio haftbar geworden wäre. In Beziehung auf den ersten Punkt darf hier auf die Gegenausführung von Keller Jahrb. d. gem. R. a. a. O. verwiesen werden; die zweite Behauptung halte ich für ebenso willkürlich, s. l. 15 pr. D. de castr. pec. 49. 17, l. 31 §. 2 D. de don. 39. 5, l. 37 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1; in Betreff der l. 31 §. 1 D. de don., auf welche sich Dietzel beruft, s. l. 9 §. 3 D. de I. D. 23. 3, in Betreff von Vat. fr. 294 s. l. 31 §. 2 cit. Vgl. auch Sintenis III §. 141 Anm. 67.

2. Der Vater haftet für alle Verbindlichkeiten des Kindes[8], mit Ausnahme der Verbindlichkeiten aus Schenkungen[9], aus Delicten[10], und derjenigen Verbindlichkeiten, welche das Kind mit Rücksicht auf sein eigenthümliches Vermögen eingegangen ist[11]. Im Uebrigen befreit den Vater nicht einmal die ausdrückliche Erklärung, für die Verbindlichkeiten des Kindes nicht haften zu wollen[12].

3. Bei der Berechnung des Sondergutes wird auf die Zeit des Urtheils gesehen[13]. Eingerechnet wird in das Sondergut Alles, was der Vater dem Sondergute schuldig ist[14]; dagegen

---

[5] L. 4 pr. §. 1. 2 l. 5 §. 3. 4 l. 6 l. 7 pr. — §. 5 l. 39 l. 40 pr. D. h. t. S. noch l. 25 l. 40 §. 1 eod. Dazu Ubbelohde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVI. 9.

[6] L. 8 D. h. t. „Non statim, quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit; sed si tradidit, aut, cum apud eum esset, pro tradito habuit". Vgl. l. 49 §. 2 D. h. t. „Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est; ideoque si dominus in rationes suas referat, se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit, neque ulla causa praecesserit debendi, nuda ratio non facit eum debitorem". L. 4 §. 1 eod., l. 6 §. 4 D. de pec. leg. 33. 8.

[7] L. 4 §. 2 l. 39 l. 49 pr. D. h. t. In l. 7 §. 1 D. h. t. ist von einem andern Falle die Rede, von dem Nichtzurückziehen eines früher eingeräumten Peculium.

[8] L. 3 §. 5. 9. 10. 11. 13 l. 5 pr. §. 1. 2 D. h. t., l. 23 §. 4 l. 57 §. 1 D. de aed. ed. 21. 1, l. 1 C. quod cum eo 4. 26 u. a. m. Der pater arrogator haftet nicht „ex ante gesto", l. 42 D. h. t.

[9] Die Schenkungsbefugniß muß dem Kinde besonders eingeräumt werden, was übrigens auch stillschweigend geschehen kann. L. 7 D. de don. 39. 5, l. 28 §. 2 D. de pact. 2. 14.

[10] Aus Delicten haftet der Vater nur bis zum Belange der Bereicherung des Peculium. L. 3 §. 12 D. h. t., l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1; l. 1 §. 7 D. de his qui eff. 9. 3, l. 58. de R. I. 50. 17. Anders aber, wenn das Kind aus dem Delicte verurtheilt worden ist, l. 3 §. 11 D. h. t., l. 35 D. de nox. act. 9. 4 (I §. 129 Note 3). Vgl. v. Wyß die Haftung für fremde Culpa S. 49—53.

[11] L. 18 §. 5 D. de castr. pec. 49. 17.

[12] L. 29 §. 1 l. 47 pr. D. h. t.

[13] L. 30 pr. D. h. t., l. 53 D. sol. matr. 24. 3, l. 7 §. 15 D. quib. ex caus. in po. 42. 4.

[14] L. 7 §. 6 l. 9 pr. §. 1 l. 17 i. f. D. h. t., l. 38 §. 2 D. de cond. ind. 12. 6.

darf der Vater abziehen, was er seinerseits von dem Sondergut zu fordern hat[15]. Dieses Abzugsrecht fällt nur dann weg, wenn das Kind mit dem Sondergut unter Zustimmung des Vaters Handel getrieben hat; in diesem Falle wird der Vater mit den übrigen Gläubigern nach gleichem Verhältniß befriedigt[16]. Eingerechnet wird in das Sondergut ferner, was der Vater dem Sondergut arglistigerweise entzogen hat[17]. Insoweit der Vater dasjenige, was von den Gläubigern in Folge des Contractes an das Kind gelangt ist, in Händen hat, haftet er auch über den Betrag des Sondergutes hinaus[18].

4. Mit dem Tode des Vaters oder des Kindes, ebenso mit

---

[15] Darauf wird sogar die Definition des Peculium gestellt. L. 5 §. 4 D. h. t.: — „deducto inde si quid domino debetur"; l. 11 §. 7 eod.: — „non est in peculio, quod domino debetur". L. 16 D. de in rem verso 15. 3. Vgl. l. 9 §. 2 D. h. t.: — „quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur". Vgl. ferner einerseits l. 4 §. 5 D. h. t., andererseits l. 6. 8 D. de pec. leg. 33. 8, und dazu Dernburg Compensation S. 119 fg., Ihering Geist des röm. R. III S. 73 fg. — Selbst den Gläubigern mit einem Concursprivilegium geht der Vater vor, l. 52 D. h. t., l. 22 §. 13 D. sol. matr. 24. 3. Auch dasjenige kann der Vater abziehen, was den Personen geschuldet wird, deren Geschäfte er führt, l. 9 §. 4 D. h. t. Ausnahmsweise gilt das Abzugsrecht nicht für Strafforderungen, l. 9 §. 6 D. h. t. (vgl. l. 4 §. 4 l. 27 §. 1 eod., l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1). Vgl. im Uebrigen l. 9 §. 2 — l. 19 §. 1 l. 22 l. 47 §. 5 l. 56 D. h. t.

[16] Actio tributoria. Dig. 14. 4 de tributoria actione. Die Zustimmung braucht keine ausdrückliche zu sein; das Edict sprach nur von scientia patris. L. 1 pr. §. 3 D. h. t. (l. 1 §. 3 cit.: — „scientiam eam accipimus, quae habet et voluntatem; . . . non . . . velle debet dominus, sed non nolle . . ."). Betreibt das Kind zwei verschiedene Geschäfte, so haftet das Vermögen eines jeden dieser Geschäfte nur dessen Gläubigern, nicht den Gläubigern des andern Geschäfts, l. 5. §. 15. 16 D. h. t. Ueber die Conception der formula s. Keller Jahrb. f. Dogm. III S. 195. Ueber die actio tributoria überhaupt vgl. Dietzel Zeitschr. f. HR. II S. 1—18.

[17] L. 5 pr. l. 21 pr. — §. 3 l. 26 D. h. t., l. 1 pr. D. quando de pec. actio 15. 2, l. 9 §. 2 D. de trib. 14. 4, l. 19 D. de in rem verso 15. 3. Die Einrechnung findet jedoch nur innerhalb der Verjährungszeit der actio doli statt, und gegen die Erben nur auf die Bereicherung, l. 30 §. 6. 7 l. 31 D. h. t.

[18] Kraft der Clausel: si quid dolo malo patris captus fraudatusque actor est. L. 36 D. h. t., l. 5 pr. eod., l. 3 §. 5 D. commod. 13. 6, l. 1 §. 42 D. dep. 16. 3.

der Emancipation des Kindes, hört das Sondergut auf; nach dieser Zeit haften aber der Vater bez. seine Erben noch während eines Jahres (tauglicher Zeit)[19]. Miterben haften nur bis zu dem Belange, bis zu welchem das Sondergut an sie gelangt ist[20]. Dagegen befreit Vermächtniß des Sondergutes an einen Dritten den Erben von der Verhaftung nicht[21].

---

[19] Dig. 15. 2 quando de peculio actio annalis est. Daß die Zeit utiliter berechnet wird: l. 1 §. 2 tit. cit. In der Einziehung des Peculium, welche an und für sich dem Vater unbedingt freisteht (l. 4 pr. l. 8 l. 40 §. 1 D. h. t.), liegt, wenn sie ohne Befriedigung der Gläubiger erfolgt, ein dolus gegen die Gläubiger, und deßwegen entscheiden die Grundsätze der Note 17. L. 21 pr. D. h. t. „Sed dolum malum accipere debemus, si ei ademit peculium ..“.

[20] L. 30 §. 1. 2 l. 32 pr. l. 29 pr. D. h. t., l. 7 §. 5 l. 9 §. 2 D. de trib. act. 14. 4. Ist der Sohn selbst unter den Miterben, so haftet er zwar als Principalschuldner den Gläubigern auf das Ganze, kann aber das Geleistete von seinen Miterben bis zum Belange der auf sie gefallenen Sondergutsantheile zurückfordern. L. 30 §. 3 D. h. t., l. 38 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 18 §. 5 D. fam. herc. 10. 2, l. 13 C. eod. 3. 36. Consequent muß man dem Sohne ein Rückforderungsrecht auf das Ganze geben, wenn von dem Sondergute gar nichts an ihn gelangt ist. — Bekker in dem bei * genannten Aufsatz findet in der Beschränkung der Verhaftung des Erben auf den an ihn gelangten Sondergutsantheil den Ausdruck des Gedankens, daß die Verpflichtung auf dem Sondergut als solchem ruhe, und mit demselben auf Jeden übergehe, an welchen das Sondergut gelange. Mir scheint das nicht richtig. Der Erbe haftet nicht, weil er das Sondergut hat, sondern weil er Erbe ist; er haftet nur, wie auch der Vater selbst, nicht weiter, als er das Sondergut hat. Das hat wohl auch Bekker selbst nicht verkannt. Auch was Bekker sonst für den bezeichneten Satz beibringt, kann ihn m. E. nicht rechtfertigen, Umgekehrt, nach l. 27 §. 2 D. h. t. haftet der Käufer des Sclaven mit der actio de peculio nicht anders, als wenn er das an ihn gelangte Peculium dem Sclaven läßt, und nach l. 1 §. 7 D. quando de pec. 15. 2 und l. 18 D. de pec. leg. 33. 8 haftet nicht derjenige, welchem das Peculium vermacht worden ist. Allerdings wird man zugeben müssen, daß die Quellen hier kein ganz reines Resultat gewähren; denn s. l. 32 §. 2 D. h. t., auf der anderen Seite freilich l. 11 §. 7 eod.

[21] Denn er braucht das Sondergut nur nach Abzug der auf demselben haftenden Schulden herauszugeben. L. 1 §. 7 D. quando de pec. 15. 2, l. 9 §. 2 D. de trib. act. 14. 4, l. 18 D. de pec. leg. 33. 8.

Verbindlichkeit in dem Versprechen, dem Schuldner ersetzen zu wollen, was derselbe seinerseits zum Zweck der Erfüllung seiner Verbindlichkeit werde aufgeopfert haben[6]. — Im Uebrigen kann die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit in sehr verschiedener Weise geschehen. Sie kann nicht bloß durch Sichverpflichten geschehen, sondern auch durch Verpfändung[7]. ~~Auch in dem Verzichte auf einen Pfandvorzug zu Gunsten einer fremden Verbindlichkeit liegt eine Uebernahme derselben[8]; doch ist dieser Verzicht~~

---

die Stelle von einem Verkaufe an einen Gläubiger spricht, welchem die Frau gegen den Senatsschluß ein Pfandrecht an der verkauften Sache bestellt hat. Die Frau verkauft ihm, weil er sonst seinerseits ihr die Sache wegverkaufen würde, so daß ihr Verkauf nur pignoris exsecutio ist. Vgl. den vorhergehenden §. 1. „Sed si creditor, qui pignus per intercessionem acceperit, hoc alii vendidit . . .“ Dann fährt unser §. fort: „Item si mulier creditori viri fundum vendidit . .“.

[6] L. 8 §. 1 l. 19 pr. §. 1 D. h. t., l. 2 C. si mater indemnitatem 5. 46. Wenn die Frau in diesem Falle erwartet, daß sie von dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft keinen Schaden haben werde, so thut sie das entweder kraft des Leichtsinnes, welcher nicht daran denkt, daß Verbindlichkeiten einmal auch werden erfüllt werden müssen, oder auch vielleicht in der Hoffnung, daß für den Schuldner selbst eine Verbindlichkeit nicht werde existent werden; und gegen die nachtheiligen Folgen dieses Leichtsinnes und dieser Hoffnung soll sie eben nicht geschützt werden. Damit der Gedanke des Senatsschlusses Platz greife, ist nothwendig, daß ein Anderer vorhanden sei, von dem als eigentlichem Schuldner die Frau die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit erwarten kann. L. 19 pr. cit.: — „quando vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi possit“. L. 8 §. 1 cit.: — „Papinianus . . . non putat, eam intercessisse; nullam enim obligationem alienam recepisse, neque veterem, neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem“. — Die in dieser Note genannten Stellen sind (alle oder theilweise, allein oder mit andern) für Andere (Sintenis, Deurer, Vangerow) die Veranlassung gewesen, in die Definition der Intercession das Moment: Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit durch Verhandlung mit dem Gläubiger aufzunehmen. Vgl. darüber Note 8 a. E.

[7] L. 8 pr. l. 32 §. 1 D. l. 5. 7 C. h. t. Vgl. Seuff. Arch. VII. 32.

[8] L. 17 §. 1 D. h. t.; vgl. dazu l. 12 §. 4 D. qui pot. 20. 4. Wer auf ein Pfandrecht verzichtet (Note 5), macht eine Aufopferung, er gibt ein Recht auf; wer auf einen Pfandvorzug verzichtet, setzt sich nur der Gefahr einer Aufopferung aus; denn wird die Verbindlichkeit, zu Gunsten deren verzichtet worden ist, von ihrem Schuldner erfüllt, so ist der Verzicht ohne alle Bedeutung. Uebereinstimmend Dernburg Pfandrecht II S. 545—546. Anders faßt die Sache Deurer a. a. O. S. 413 fg. auf. Er glaubt,

durch eine positive Bestimmung des römischen Rechtes für gültig erklärt worden[8a]. Die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit kann ferner geschehen entweder in der Weise, daß die Frau sich zur Schuldnerin neben dem Schuldner der fremden Verbindlichkeit macht (s. g. cumulative Intercession)[9], oder in der Weise, daß sie sich zur alleinigen Schuldnerin macht (s. g. privative Intercession)[10]. Das Letztere ist noch in doppelter Weise möglich: a) die Frau nimmt die fremde Verbindlichkeit dem Schuldner, welcher sie trägt, ab[11]; b) sie bewirkt durch ihre Dazwischenkunft,

---

daß der Fall der l. 17 §. 1 cit. deßwegen unter die Senatsvorschrift falle, weil der Verzicht auf den Pfandvorzug gedacht werde als die Uebernahme der Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber, den Pfandvorzug gegen ihn nicht geltend zu machen. Dieß ist aber nicht die Auffassung der Quellen; dieselben erblicken vielmehr den Verzicht in der dem Schuldner ertheilten Gestattung (voluntas, permissus, l. 12 §. 4 cit., l. 8 §. 6 sqq. D. quib. mod. pign. 20. 6). — Ist dieß richtig, so beweist es auch, daß das Moment „durch Verhandlung mit dem Gläubiger" (Note 6 a. E.) in die Definition der Intercession nicht gehört.

8a L. 21 C. h. t., ein reformatorisches Gesetz, durch welches l. 17 §. 1 D. h. t. beseitigt ist. Dieß wird gewöhnlich nicht beachtet; aber ich wüßte nicht, wie l. 21 cit. anders gefaßt werden könnte. Vgl. auch Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 238 fg. Ohne Berufung auf l. 21 C. h. t. wird der Verzicht einer Frau auf einen ihr zustehenden Pfandvorzug für verbindlich erklärt in den Erkenntnissen bei Seuff. Arch. III. 54, XVII. 243.

9 Die cumulative Intercession kann vollzogen werden: a) durch Bürgschaft; b) durch Eingehung einer eigentlichen Correalverbindlichkeit; c) durch Verpfändung oder Verzicht auf einen Pfandvorzug (Note 7. 8). Was den Fall der Bürgschaft angeht, s. noch l. 6 §. 2 C. h. t., l. 1. 3 C. si mater indemnitatem 5. 46.

10 Bei der privativen Intercession ist die Erwartung der Frau, daß derjenige, welchen die Verbindlichkeit materiell angeht, sie auch erfüllen werde, natürlich nicht ausgeschlossen.

11 Dieß kann geschehen: a) durch Novation (s. z. B. l. 8 §. 2 l. 11 l. 13 pr. D. h. t., vgl. l. 8 §. 7 eod.); b) nach heutigem Recht auch durch Schuldübernahme (§. 338). Ferner gehört c) der Fall hierher, wo die Parteien ausmachen, daß statt des Schuldners die Frau den Proceß, vor dem Richter oder Schiedsrichter, auf sich nehmen solle; der Gläubiger läßt hier den Schuldner frei gegen die Aussicht, die Frau als Schuldnerin zu gewinnen. Nach classischem römischen Recht befreite die litis contestatio mit der Frau als solche den Schuldner, l. 2 §. 5 l. 23. 26 D. h. t. Von der Uebernahme eines Schiedsspruches handelt l. 32 §. 2 D. de recept. 4. 8. d) Endlich kann die

daß die Verbindlichkeit für denjenigen, welchen sie angeht, gar nicht entstehe[12].

2. Die Frau muß eine fremde Verbindlichkeit übernommen haben, d. h. eine Verbindlichkeit, welche ihr nicht bloß formal, sondern auch materiell fremd ist[13]. Bloß formal fremd ist ihr diejenige Verbindlichkeit, aus welcher ein Rückgriff gegen sie begründet ist[14], oder für welche sie schon aus einem andern Grunde aufkommen muß[14a].

3. Die Frau muß die fremde Verbindlichkeit als fremde übernommen haben, d. h. als eine von dem eigentlichen Schuldner, nicht von ihr zu erfüllende. Der Frau, welche die fremde Verbindlichkeit in der Absicht übernimmt, sie ihrerseits zu erfüllen, wird nicht geholfen. Ob sie diese Absicht hat, oder nicht, ist aus den Umständen zu bestimmen, im Zweifel aber nicht gegen, sondern für die Frau zu entscheiden[15]. Einzelne Fälle der Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit in der Absicht, sie zu erfüllen, sind folgende: die Frau hat sich zur Uebernahme der Verbindlichkeit für eine dem Betrage derselben entsprechende

---

Frau eine Befreiung des Schuldners durch ihre Intercession auch in der Weise bewirken, daß sie sich durch Obligirung gegen einen Dritten die Mittel zur Befriedigung des Gläubigers verschafft. Von diesem Falle handeln l. 19 §. 5 und l. 28 §. 1 D. h. t.

[12] Es ist gleichgültig, ob dies durch Darlehnsaufnahme geschieht, oder durch Abschluß irgend eines andern eine Obligation erzeugenden Rechtsgeschäfts. L. 8 §. 14 l. 11. 12 l. 29 pr. D. l. 3. 4. 10. 19 C. h. t. Von diesem Fall handelt näher und ausführlich Hasenbalg S. 82—287. Derselbe zieht hierher aber auch den Fall d) der vorigen Note. — Die verschiedenen im Vorstehenden bezeichneten Fälle der Intercession faßt zusammen l. 4 C. h. t.

[13] Der Frau wird nicht geholfen, „cum prima facie quidem alienam, revera autem suam obligationem suscipiat", l. 13 pr. D. h. t.

[14] Z. B. die Verbindlichkeit des Erben, von dem sie die Erbschaft gekauft hat; die Verbindlichkeit ihres Bürgen, oder desjenigen, welcher sich sonst in ihrem Auftrage verpflichtet hat. L. 3 l. 13 pr. D. h. t. S. auch l. 25 §. 1 eod.

[14a] Hierher gehört wohl l. 6 pr. C. h. t. Windscheid a. a. O. S. 304 Note 30. Ein sehr gewichtiges Argument für diese Auffassung der l. 6 pr. cit. enthält auch §. 1 eod.

[15] S. Windscheid S. 301. 302.

Gegenleistung verpflichtet[16]; die Frau will durch die Uebernahme der Verbindlichkeit eine entsprechende Gegenleistung erlangen[17], oder sich von einer entsprechenden eigenen Verbindlichkeit befreien[18],

---

[16] L. 22 D. h. t. „Si mulieri dederim pecuniam, ut eam creditori meo solvat vel expromittat, si ea expromiserit, locum non esse SC^o^, Pomponius scribit: quia mandati actione obligata, in rem suam videtur obligari".

[17] L. 27 §. 2 D. h. t. „Uxor debitricem suam viro delegavit, ut vir creditori eius pecuniam solveret: si fidem suam pro ea, quam delegavit, apud virum obligaverit, locum exceptio SC^i^ non habebit, quia mulier suum negotium gessit". Nach heutigem Recht würde übrigens der Fall dieser Stelle nicht hierher, sondern unter Note 16 gehören. Vgl. Seuff. Arch. XX. 124.

[18] L. 2 C. h. t. — „Sin autem pro creditore suo alii se obligaverit, vel ab eo se vel debitorem suum delegari passa est, huius SC^i^ auxilium non habet". Daß der „alius" Gläubiger ihres Gläubigers sei, ist durch diese Worte nicht gesagt, aber auch nicht ausgeschlossen; daß er wirklich als Gläubiger gemeint sei, geht aus dem Vorhergehenden hervor. S. ferner l. 24 D. h. t. Der gleiche Gesichtspunkt liegt auch in l. 1 §. 4 D. de pign. 20. 1 zu Grunde. — Wie ist es, wenn die Frau die Existenz der Verbindlichkeit, von welcher sie sich durch die Intercession befreien will, irrthümlicher Weise angenommen hat? Nach der Regel ist dann condictio indebiti gegen denjenigen begründet, welchem sie durch die Intercession geleistet hat, gegen den vermeintlichen Gläubiger; dagegen hat die Frau keine Vertheidigung gegen den Intercessionsgläubiger, da durch ihren Irrthum die Absicht, in welcher sie intercedirt hat, nicht verändert wird. In dieser Weise wird auch entschieden in l. 8 §. 2 D. h. t., entgegengesetzt in l. 17 pr. D. h. t. Beim Widerspruch dieser Stellen muß man das Princip befolgen. Die abweichende Meinung, welche in l. 8 §. 2 cit. selbst erwähnt wird, und welche ihren Ausdruck in l. 19 D. de nov. 46. 2 gefunden hat, bezieht sich nur auf den Fall, wo die Verbindlichkeit, von welcher die Frau sich durch die Intercession befreien will, gerade wegen Verstoßes gegen das SC^um^ Velleianum ungültig ist (vgl. §. 487 Note 3). — Uebrigens wird das hier Vorgetragene (vgl. Windscheid S. 320 fg.) nicht allgemein anerkannt. So geben namentlich Fuhr in der zweiten der oben citirten Abhandlungen und Hasenbalg S. 40 fg. der irrenden Frau die Einrede allerdings. Letzterer erkennt an, daß darin eine Abweichung von dem Principe liege, welche aber aus Billigkeitsgründen, eben wegen des Irrthums der Frau, zugelassen worden sei (vgl. auch Girtanner S. 338). L. 8 §. 2 cit. erklärt Hasenbalg aus der Unterstellung, daß die delegirte Frau die Ungültigkeit ihrer Verbindlichkeit gekannt habe, welche Annahme aber mit der am Schlusse der Stelle gewährten condictio absolut unvereinbar ist. S. über diese Stelle auch noch Sintenis Zeitschr. S. 65 fg., v. Salpius Novation und Delegation S. 127 fg.

oder schenken[19]; die Frau will das zur Erfüllung der fremden Verbindlichkeit Geleistete dem Schuldner in Anrechnung bringen[20]; die Frau macht durch den Antritt einer Erbschaft die Erbschaftsschulden zu den ihrigen[21].[22]

---

[19] Für diesen Satz liegt kein Beweis in l. 21 §. 1 D. h. t., kein sicherer in l. 4 §. 1 D. h. t.; aber ich halte ihn nichtsdestoweniger für unzweifelhaft. Der Grund, weßwegen in den in Note 16—18 erwähnten Fällen der Frau der Schutz des Senatsschlusses entzogen wird, ist: weil sie durch die Uebernahme der fremden Verbindlichkeit einen Andern bereichern will; dieser Wille ist im Falle der Schenkung ebenso gewiß, wie in jenen anderen Fällen. Uebereinstimmend Girtanner S. 338 fg., Vangerow S. 165—167, Hasenbalg S. 24 fg., im Resultat auch Sintenis Zeitschr. S. 59 und Civilr. Anm. 91; während auch der schenkenden Frau die Einrede gewähren Cropp in Heise und Cropp Abhandlungen II. 6, Bachofen S. 18 fg. und das Urtheil des OAG. zu Lübeck (vom Jahre 1828) bei Seuff. Arch. XV. 224. Girtanner und Vangerow machen aber eine Ausnahme für den Fall der cumulativen Intercession, weil in derselben die Erwartung der Frau, selbst nicht zahlen zu müssen, selbst bei Schenkungsabsicht nicht ausgeschlossen sei. Es ist ihnen darin wohl beizutreten, allein nur für das neueste Recht (seit Einführung des beneficium excussionis).

[20] L. 13 C. h. t. „Si foenebris pecunia iuxta fidem veri a creditore tibi data est, sive tota quantitas foenoris, sive pars eius in usum mariti processisse proponatur, decreto patrum non adiuvaris, licet creditor causam contractus non ignoraverit". Die Frau hat das Darlehn für den Mann genommen, aber nicht in der Absicht, daß es durch ihn solle zurückgezahlt werden; sie will es vielmehr selbst zurückzahlen, und das Gezahlte dem Manne in Anrechnung bringen (actio negotiorum gestorum). Auch in diesem Falle läuft sie allerdings Gefahr wegen der möglichen Zahlungsunfähigkeit des Mannes. Aber gegen das Sichverlassen auf fremde Zahlungsunfähigkeit hat der Senat der Frau eben keinen Schutz gewähren wollen — was in keiner Stelle deutlicher hervortritt, als in l. 19 §. 3 D. h. t. — Auch l. 13 C. cit. wird übrigens sehr verschieden ausgelegt (hauptsächliche abweichende Meinungen: Absicht der Frau, den Gläubiger zu täuschen; Absicht der Frau, dem Empfänger zu schenken; das empfangene Geld wird nicht zum Darlehn gegeben; es wird nicht zu vermögensrechtlichen Zwecken verwendet). S. Windscheid S. 293 fg., Hasenbalg S. 147 fg., und die daselbst Genannten. Seuff. Arch. I. 214.

[21] L. 32 pr. D. h. t.

[22] Wie ist es, wenn die Frau irrthümlicherweise die übernommene fremde Verbindlichkeit für eine eigene gehalten hat? Dann hat sie dieselbe gewiß nicht als fremde übernommen, und gemäß des Principes darf ihr nicht geholfen werden. Damit stimmt überein die Entscheidung in l. 26 D. h. t. Aber auch hier, wie in dem Falle der Note 16, hat sich eine entgegengesetzte Auffassung in der römischen Jurisprudenz geltend gemacht, l. 23 D. h. t.

4. Daß die Frau die fremde Verbindlichkeit auch in fremdem Interesse übernommen habe, ist Voraussetzung des Senatsschlusses nicht[23]. Dagegen greift der Senatsschluß

5. seinem eigentlichen Sinne gemäß nicht Platz, wenn die Frau durch die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit keinen Schaden erleidet[24]. —

Der Uebernahme der Verbindlichkeit durch die Frau selbst steht es gleich, wenn die Frau die Verbindlichkeit durch einen Andern unter Versprechen der Schadloshaltung übernehmen läßt[25].

§. 486.

Auch wenn die im Vorstehenden genannten Voraussetzungen vorhanden sind, und somit der Senatsschluß an und für sich Platz greift, kann sich doch die Frau ausnahmsweise auf denselben nicht berufen:

1) wenn der Gläubiger sich in Betreff ihrer Intercession in einem entschuldbaren Irrthum befunden hat[1];

(„plerique existimaverunt"). Windscheid S. 322 fg. Hasenbalg S. 32 fg. hält auch hier die der Frau günstige Entscheidung für die in der Anwendung zu befolgende. Vgl. noch Girtanner S. 336 Anm. 3.

[23] Dieß wird bewiesen durch l. 17 §. 2 D. h. t. (Windscheid S. 303 fg.) und l. 18 §. 4 D. h. t. A. M. Hasenbalg S. 63 fg. Auf die Aussprüche der Quellen, die Frau hafte nicht, wenn sie „suum negotium gessit" (l. 27 §. 2 l. 6 pr. C. h. t., l. 1 §. 4 D. de pign. 20. 1, vgl. l. 25 §. 1 D. l. 22 C. h. t.), „in rem suam obligata est" (l. 22 D. h. t.), darf man sich nicht berufen; sie sind zu unbestimmt (vgl. auch §. 355 Note 9), und erklären sich vollkommen aus den in Note 13 und 16 fg. geltend gemachten Gesichtspunkten.

[24] L. 21 pr. D. h. t. „Si pro aliquo mulier intercesserit, sed in rem eius, quod acceptum est, versaretur, exceptio SC[i] locum non habet; quia non fit pauperior". Oder der eigentliche Schuldner händigt ihr den Betrag der Schuld zum Zweck der Zahlung ein: — „neque enim eam periclitari, ne eam pecuniam perdat, cum iam eam habeat", l. 16 pr. D. h. t. S. ferner l. 17 §. 2 eod. Windscheid S. 313 fg., Hasenbalg S. 69 fg.

[25] L. 6 l. 8 §. 6 l. 30 §. 1 l. 32 §. 3 D. l. 15 C. h. t. S. auch l. 29 §. 1 D. h. t.

§. 486. [1] Er hat nicht gewußt, daß er mit einer Frau contrahire, oder nicht, daß er mit einer intercedirenden Frau contrahire. L. 1 C. h. t.; l. 6 l. 32 §. 3 D. h. t.; l. 4 pr. l. 11. 12 l. 19 §. 5 l. 27 pr. l. 28 §. 1 D. h. t.; l. 17 pr. D. h. t.

2) wenn die Frau den Gläubiger getäuscht hat[2];

3) wenn sie sich für ihre Intercession hat bezahlen lassen[3];

4) wenn ihre Intercession die Wiederholung einer andern früher gemachten ist, und seit dieser anderen wenigstens zwei Jahre verflossen sind[4];

5) wenn sie entweder: a) ihre Intercession eidlich bestärkt[5], oder b) nach vorangegangener gehöriger Belehrung auf die ihr zustehende Rechtswohlthat speciell verzichtet hat[6];

---

[2] „Decipientibus mulieribus SCum auxilio non est; infirmitas enim foeminarum, non calliditas auxilium meruit“, l. 2 §. 3 D. h. t. L. 23 l. 30 eod., l. 5. 18 C. h. t. Im Falle der Täuschung wird der Frau nicht geholfen, selbst wenn der Irrthum des Gläubigers ein unentschuldbarer war. Windscheid S. 316—319. Hasenbalg S. 33 fg. nimmt an, daß die bloße Täuschungsabsicht, auch wenn dadurch ein Irrthum des Gläubigers gar nicht hervorgerufen worden sei, der Frau den Schutz des Senatsschlusses entziehe.

[3] L. 23 pr. §. 1 C. h. t., in welcher Stelle übrigens Justinian den bezeichneten Satz nicht sowohl neu eingeführt, als vielmehr nur von Zweifeln und Distinctionen der älteren Jurisprudenz befreit hat. Die Frau, welche sich die Unterstützung des Schuldners durch ihren Credit abkaufen läßt, muß den Schaden des Geschäftes nehmen, wie sie den Vortheil davon hat; sie schließt ein gewagtes Geschäft ab. In dem Aufsatz im Archiv f. civ. Pr. S. 299 habe ich diesen Satz mit dem Princip des Senatsschlusses in Verbindung gebracht; ebenso Girtanner S. 336, Hasenbalg S. 80, Vangerow S 165. 180. Dawider Arndts §. 361 Anm. Nr. 1.

[4] L. 22 C. h. t., von Justinian: — „sibi imputet, si, quod saepius cogitare poterat et evitare, non fecit, sed ultro firmavit; videtur enim ex huiusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere“. S. auch Nov. 61 c. 1 §. 1. Windscheid Diss. de valida mulierum intercessione (1838) p. 40 sqq., Vangerow S. 169. 170, Sintenis Sell's Jahrb. S. 356 fg. und Civilrecht Anm. 97, Girtanner S. 347—350.

[5] Nach einem nicht zu bestreitenden, sich an c. 9 X. de iurei. 2. 24 anlehnenden Gewohnheitsrecht. Vgl. I §. 83a Note 6 a. E. Girtanner S. 273 fg. 351, Holzschuher III §. 314 Nr. 8 und S. 1028; Seuff. Arch. VII. 178, XIII. 249, XX. 128. S. noch Buchka u. Budde Entscheidungen II S. 193 fg. 204 fg.

[6] Für diesen Satz spricht eine feststehende Praxis. Ob er bereits im römischen Recht anerkannt ist, ist äußerst bestritten. M. E. enthalten die Stellen, auf welche man sich berufen hat (l. 30 pr. l. 31 l. 32 §. 4 D. h. t., l. 22 C. h. t., l. 3 C. quando mul. 5. 35, Nov. 118 c. 5), ein Zeugniß für diesen Satz nicht. Noch das meiste Gewicht hat l. 32 §. 4 cit.; aber

6) wenn sie zu Gunsten der Bestellung einer Dos intercedirt hat[7];

7) wenn der Intercessionsgläubiger minderjährig, und der eigentliche Schuldner zahlungsunfähig ist[8];

8) wenn die Frau als Handelsfrau intercedirt hat[9].

Endlich liegt 9) eine Ausnahme von der Regel auch in der Verbindlichkeit des Verzichtes auf einen Pfandvorzug[10].

§. 487.

Eine Verbindlichkeit, welche entgegen den hier aufgestellten Regeln eingegangen worden ist, ist zwar nicht nichtig, aber die Frau kann sich derselben gegenüber durch eine Einrede schützen[1], und zwar noch in der Executionsinstanz[2]. — Leistet die Frau in Kenntniß ihrer Einrede dennoch, so wird ihr weiterer Schutz nicht gewährt; das irrthümlicherweise Geleistete kann sie zurückfordern[3]. — Hat die Frau durch Pfandbestellung intercedirt, so

---

das in dieser Stelle erwähnte Versprechen hat Solutionscharakter. Vgl. überhaupt Girtannner S. 263 fg. 364 fg., Holzschuher a. a. O. Nr. 14, und die daselbst Citirten; auch Windscheid Arch. S. 302. Seuff. Arch. XV. 224.

[7] L. 12 l. 25 C. h. t. Windscheid l. c. p. 40—42, Girtanner S. 346. 347. — Nach römischem Recht war auch die Intercession pro libertate verbindlich für die Frau, l. 24 C. h. t.

[8] L. 12 D. de minor. 4. 4. Girtanner S. 346.

[9] Nach einem sicheren Gewohnheitsrecht. Vangerow S. 170, Girtanner S. 351, Holzschuher a. a. O. Nr. 12, Thöl Handelsr. I §. 50 zu Note 10. S. noch Cropp in Heise und Cropp Abhandl. I. 1 („von der Verpflichtung verheiratheter Frauenzimmer als Handelsfrauen"). — HGB. Art. 6 Abs. 2.

[10] S. §. 485 Note 8. 8a.

§. 487. [1] Von der exceptio SCi Velleiani ist in zahlreichen Stellen unserer Quellen die Rede. Nichtigkeit der Obligation der Frau behauptet aus sehr unzureichenden Gründen Fuhr a. a. O. (§. 485 bei *) S. 70 fg.; dawider Sintenis Sell's Jahrb. S. 343 fg. Lehrb. Anm. 79.

[2] L. 11 D. de SC. Mac. 14. 6. Wetzell Civilproc. §. 47 Note 123. Vgl. auch Fuhr a. a. O. Nr. 5.

[3] L. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 8 §. 3 D. l. 9 C. h. t. — Läßt die Frau sich unwissentlich einem Dritten delegiren, so ist es der Regel gemäß, daß sie nur ein Rückforderungsrecht gegen den vermeintlichen Gläubiger, nicht aber Einrede und Rückforderungsrecht gegen den Dritten habe (§. 412

gestaltet sich die Berufung auf den Senatsschluß zur Gegeneinrede gegen die Einrede der Verpfändung[4]. Auch gegen denjenigen, an welchen der Pfandgläubiger die Pfandsache verkauft hat, kann sie ihr Eigenthumsrecht noch geltend machen[3]. — Auch ein Dritter kann sich auf den Senatsschluß dann berufen, wenn durch seine Leistung eine Intercessionsobligation für die Frau erst zu Stande kommen[5], oder die Frau zur Erfüllung einer Intercessionsobligation indirect genöthigt werden würde[6]. — Die Befreiung der Frau hat aber zur Folge, daß der Gläubiger einen Anspruch gegen den eigentlichen Schuldner wieder erhält oder erhält[7].

Note 10). Dieses der Regel Gemäße ist auch anerkannt in l. 8 §. 2 D. h. t. Eine andere in der römischen Jurisprudenz vertretene Meinung gab aber der Frau für den Fall, wo sie dem Gläubiger des vermeintlichen Gläubigers, und zwar zum Versprechen, nicht zur Zahlung, delegirt worden war, die exceptio SC[i] Velleiani auch gegen den Delegatar, weil nämlich auch in der Verpflichtung ihm gegenüber eine Intercession liege. Dieser Grund ist aber falsch (s. §. 485 Note 18), und so wird die bezeichnete Meinung denn auch verworfen von Ulpian in l. 8 §. 2 D. h. t., während sie als maßgebend vorgetragen wird von Paulus in l. 19 D. de nov. 46. 2. Bei dem Widerspruch beider Stellen heben sie sich gegenseitig auf, und es besteht für uns kein Hinderniß, nach dem Princip zu entscheiden.

[4] L. 32 §. 1 D. l. 7 C. h. t., l. 39 §. 1 l. 40 D. de R. V. 6. 1. Vgl. auch l. 32 §. 2 D. h. t. (§. 485 Note 5). L. 7 C. cit.: — „vendendo eum mulieri dominium auferre nequivit". L. 40 D. cit.: — „nullum pignus creditor vendidisse videtur".

[5] So der von der Frau zur Intercession Beauftragte, l. 6 l. 7 l. 30 §. 1 l. 32 §. 3 D. l. 15 C. h. t., l. 19 §. 5 D. h. t.; ferner derjenige, welcher, von der Frau um ein Darlehn zu Gunsten eines Dritten angegangen, auf Grund ihrer Weisung die betreffende Summe dem Dritten versprochen hat, l. 19 §. 5 D. h. t. Das richtige Verständniß der letzteren, viel besprochenen und vielfach mißverstandenen Stelle hängt davon ab, daß man das Wort postea („quae postea non recte comparari ait") faßt = post scientiam. Vgl. über diese Stelle die bei Vangerow S. 169 Citirten und diesen selbst, Hasenbalg S. 91 fg.

[6] L. 8 §. 4 D. h. t., l. 19 §. 5 eod. (vv. *respondit videndum*).

[7] L. 1 §. 2 D. h. t. „Aequum autem visum est, ita mulieri succurri, ut in veterem debitorem, aut in eum, qui pro se constituisset mulierem ream, actio daretur . .". L. 8 §. 7—13 l. 9 l. 13 §. 1. 2 l. 14 l. 20 l. 24 §. 2. 3 l. 29 §. 1 l. 32 §. 5 D. l. 8. 16 C. h. t., l. 12 D. de min. 4. 4; l. 8 §. 14. 15 D. h. t. Für den dem Gläubiger zurückgege=

2. Spätere Aenderungen[1].

§. 488.

Nach Justinian's Vorschrift soll:

1) die Intercession der Frau in einer öffentlichen Urkunde errichtet werden[2]. Ist diese Form beobachtet, so behalten die in §§. 486 u. 487 entwickelten Grundsätze ihre Geltung[3]. Ist sie nicht beobachtet, so ist die Intercession nichtig[4], und von den in

---

denen Anspruch kommt in den Quellen der Ausdruck actio restitutoria, auch rescissoria, vor; von dem neu gegebenen heißt es: „actio quae instituit magis, quam restituit obligationem" (l. 8 §. 14 D. h. t.), weßwegen die Neueren wohl institutoria actio sagen. Zu l. 13 §. 1 D. h. t. cit. vgl. I §. 249 Note 5. 6; l. 29 §. 1 D. l. 8 C. citt. enthalten eine Anomalie (Bachofen S. 37). Vgl überhaupt Bachofen S. 35 fg., Voigt cond. ob causam S. 791 fg., und über die actio institutoria speciell Hasenbalg S. 178 fg.

§. 488. [1] Auch im Vorhergehenden sind bereits Bestimmungen angeführt worden, welche nicht auf dem Senatsschlusse, weder direct noch indirect, beruhen (s. §. 486 Note 4—7. 9 und vgl. auch Note 3); aber dieselben fügen sich dem Systeme des Senatsschlusses unmittelbar ein. Eine viel größere Abweichung enthalten die in diesem §. genannten Bestimmungen, weßwegen es zweckmäßig erscheint, von ihnen abgesondert zu handeln.

[2] L. 23 §. 2 C. h. t. Justinian selbst verlangt Errichtung „instrumento publice confecto *et a tribus testibus subsignato*". Aber „die römische Sitte, auch zu der gerichtlichen Errichtung von Urkunden noch Zeugen zuzuziehen, welche dieselben mit unterschrieben, ist . . . gegenwärtig ganz außer Gebrauch, und die heutigen Notariats-Documente bedürfen nur der Zuziehung zweier Zeugen. Bei uns genügt daher für die Form der Intercessionen der Frauenzimmer . . eine einfache gerichtliche Urkunde ohne Zeugen, oder ein Notariatsdocument mit zwei Zeugen". Buchka u. Budde Entscheidungen II S. 202. S. auch Girtanner S. 260. 357. 358.

[3] L. 25 §. 2 cit.: — „tunc enim tantummodo eas obligari (s. Note 4), et sic omnia tractari, quae de intercessionibus foeminarum vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt". Die Ansicht (Valett Lehrb. d. Pandektenr. §. 584, Kattenhorn a. a. O. S. 172 fg.), daß bei Beobachtung der Form die Intercession unbedingt, nicht bloß in den §. 486 genannten Ausnahmefällen, gültig sei, steht mit diesen Worten des Gesetzes in directem Widerspruch. S. auch Sintenis Sell's Jahrb. S. 366 fg., Girtanner S. 259. 352, Vangerow S. 175.

[4] Nicht bloß durch Einrede entkräftbar, — so daß also der Richter die Klage des Intercessionsgläubigers von Amtswegen zurückweisen muß. L. 23

§. 486 aufgeführten Ausnahmen fallen die unter Nr. 5^b und 7 bezeichneten weg[5].

2) Die Intercession einer Ehefrau für ihren Ehemann

---

§. 2 cit. „Sin autem extra eandem observationem mulieres acceperint intercedentes, pro nihilo habeatur huiusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio, tamquam nec confecta, nec penitus scripta, ut nec SC[i] auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto".

[5] Daß die a. a. O. unter Nr. 3 angeführte Ausnahme ihre Geltung behalte, hat Justinian in der genannten l. 23 (pr. §. 1) ausdrücklich bestimmt. Wie verhält es sich aber mit den übrigen Ausnahmen, welche Justinian vorfand, und von denen er nichts sagt? Hierüber ist seit der Zeit der Glossatoren Streit. Es sind drei verschiedene Meinungen aufgestellt worden. a) Auch diese übrigen Ausnahmen dauern sämmtlich fort; die Neuerung Justinian's besteht nur darin, daß bei Nichtbeobachtung der Form statt Anfechtbarkeit Nichtigkeit eintreten soll. b) Es dauert keine von den bezeichneten Ausnahmen fort, so daß also bei Mangel der gehörigen Form die Frau z. B. nicht einmal im Falle des Betruges haftet. c) Es ist zwischen den verschiedenen Ausnahmen zu unterscheiden. S. die Citate bei Girtanner S. 259—262, Vangerow S. 174; auch diese Schriftsteller selbst: Girtanner S. 351 fg., Vangerow S. 173 fg.; ferner Hasenbalg S. 281 fg. Die erste Meinung war früher die herrschende, und auch ich habe sie in der in §. 486 Note 4 genannten Dissertation p. 47 sqq. zu vertheidigen gesucht; aber ich zweifele jetzt sehr an ihrer Haltbarkeit. Die zweite Meinung führt zu dem unerträglichen, zuvor bezeichneten Resultat, und wird sich daher nie bleibender Gunst erfreuen. Die dritte Meinung, welcher hier der Vorzug gegeben worden ist, motivirt sich folgendermaßen (s. namentlich Girtanner a. a. O.). Es ist anzunehmen, daß Justinian nur solche Intercessionen im Auge gehabt hat, welche sich als Intercessionen, und Intercessionen einer Frau, sofort ankündigen. Es ist dieß um so mehr anzunehmen, als Justinian sich in seinem Gesetze auch an die Gläubiger wendet, und diesen die Beobachtung der vorgeschriebenen Form einschärft („nisi instrumento publice confecto . . . accipiant homines a muliere pro aliis confessionem", „sin autem extra eandem observationem mulieres acceperint intercedentes"); wie kann man von Jemand verlangen, daß er einer Vorschrift nachkomme, wenn er gar nicht weiß, daß der Fall vorliegt, in welchem die Vorschrift Platz greift? Hiernach bleibt also die Ausnahme unter Nr. 1 (Irrthum des Gläubigers), deßwegen aber um so mehr die unter Nr. 2 (Täuschung durch die Frau), aufrecht. Die Ausnahme unter Nr. 4 (Wiederholung der Intercession nach zwei Jahren) bleibt deßwegen bestehen, weil das betreffende Gesetz (l. 22 C. h. t.) nicht sowohl durch die Wiederholung die frühere Intercession gültig werden läßt, als vielmehr die wiederholende Intercession für gültig erklärt (§. 486 Note 4 — wohlgemerkt: Schriftlichkeit der wiederholenden Intercession wird hierbei

ist selbst dann nichtig, wenn die zuvor bezeichnete Form beobachtet worden ist[6], und von den in §. 486 genannten Aus-

---

vorausgesetzt). Die Ausnahme unter Nr. 6 ist späteren Ursprungs, als die l. 23 cit., und wird daher von derselben nicht berührt. Vgl. in dieser Beziehung gegen Vangerow S. 178. 179 Girtanner S. 357. Was die gewohnheitsrechtlichen Ausnahmen von der Ungültigkeit der Intercession der Frauen betrifft, so ist man darüber einverstanden, daß eidliche Bestärkung (vgl. Seuff. Arch. I. 344, XIII. 249) und die Eigenschaft der Frau als Handelsfrau auch den Mangel der Form decken (vgl. HGB. Art. 6 Abs. 2). Dagegen hat sich eine feste Meinung für die gleiche Kraft des Verzichtes nicht gebildet, vgl. Glück XV S. 47; Seuff. Arch. XV. 224 (S. 394). Sieht man die Wirksamkeit des Verzichtes als bereits im römischen Recht begründet an (§. 486 Note 6), so ist zu sagen, daß nach dem oben Ausgeführten diese Ausnahme durch l. 23 cit. aufgehoben worden ist.

[6] Nov. 134 c. 8 und daraus Auth. *Si qua mulier* C. h. t.

[7] Der unmittelbare Inhalt der Novelle in Betreff der ausnahmsweisen Gültigkeit der Intercession der Ehefrau ist der, daß die Intercession nur dann gültig sein solle, wenn „manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt", und speciell nicht gültig sein solle, wenn sie auch noch so oft wiederholt werde. Das Erste ist hier unter den Ausnahmen von der Ungültigkeit der Intercession deßwegen nicht mit aufgeführt worden, weil in dem bezeichneten Fall (mag man ihn sich so denken, daß das Geschäft von Anfang an zum Nutzen der Frau geschlossen wird, oder so, daß hinterher das durch dasselbe Erlangte in ihren Nutzen verwendet wird) eine wirkliche, eine unter die Senatsvorschrift fallende, Intercession gar nicht vorliegt (§. 485 Nr. 2 und 5). Als wirkliche Ausnahmefälle müssen aber anerkannt werden, trotzdem daß die Novelle sie nicht ausdrücklich nennt, der Fall der Unwissenheit des Gläubigers und der Fall des Betruges der Frau. Daß Justinian bei seiner Vorschrift nur solche Intercessionsfälle im Auge gehabt hat, in welchen die Intercession als solche offen hervortritt, ist hier noch viel unzweifelhafter, als bei der l. 23 §. 2 C. h. t. (Note 4); denn Justinian spricht hier gar nicht von Intercession im Allgemeinen, sondern von dem Beitritt der Frau zu einer vom Manne ausgestellten Darlehnsurkunde, so daß es sogar zweifelhaft erscheinen könnte, ob nicht die Vorschrift der Novelle ganz auf diesen speciellen Intercessionsfall zu beschränken sei. Dagegen müssen die übrigen zur Zeit der Novelle geltenden Ausnahmen von der Ungültigkeit der Intercessionen der Frauen als durch die Novelle beseitigt angesehen werden. Zwar ist auch hier die Ansicht, daß die Novelle diese Ausnahmen gar nicht berühre, aufgestellt (Girtanner S. 277. 278), und früher auch von mir vertheitigt worden (in der angeführten Dissertation p. 52 sqq.); aber diese Ansicht ist der Novelle gegenüber wohl ebenso wenig haltbar, wie gegenüber der Codexstelle. Was die späteren gewohnheitsrechtlichen Ausnahmen angeht, so ist man darüber einverstanden, daß eidliche Bekräftigung und die

nahmen gelten hier nur die unter Nr. 1. 2. 5ª und 8 aufgeführten[7].

Eigenschaft als Handelsfrau auch die Ehefrau haftbar machen (vgl. auch HGB. a. a. O.), nicht dagegen der gewöhnliche, nicht eidliche, Verzicht. Vgl. überhaupt Girtanner S. 278 fg. 358 fg., Vangerow §. 581 Anm. 3, und über die Frage des Verzichtes speciell Buchka und Budde Entscheidungen II S. 188 fg. — Daß eine Ehefrau, welche mit ihrem Manne zusammen ein Darlehn aufnimmt, und darüber eine gemeinschaftliche Urkunde ausstellt, sich nicht ohne Weiteres auf die Novelle berufen kann, hätte nie bestritten werden sollen. Vgl. über diese Frage Vangerow S. 180. 181 und die daselbst Angeführten, Girtanner S. 358 Note 32, Burckhard die civilistischen Präsumtionen S. 237—239. Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Seuff. Arch. XVII. 38; dawider XII. 272. Vgl. auch VII. 179. 180, XIII. 143.

Fünftes Buch.

Familien-Recht.

Erstes Kapitel.

Die Ehe.

I. Begriff, Begründung, Beendigung.

§. 489.

Die Ehe ist die Verbindung von Mann und Weib zu ungetheilter Lebensgemeinschaft. Dieser Begriff der Ehe ist bereits im römischen Recht in voller Reinheit anerkannt[1].

Die Begründung und Beendigung der Ehe steht heutzutage gemeinrechtlich nicht unter den Grundsätzen des römischen, sondern unter den Grundsätzen des Kirchenrechtes[2].

---

§. 489. [1] L. 1 D. de R. N. 23. 2. „Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio". §. 1 I. de patr. pot. 1. 9. „Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem continens". Vgl. c. 3 C. XXVII qu. 2. „Individua consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, et e converso".

[2] Vgl. die Lehrbücher des Kirchenrechtes von Walter §. 291 fg., Richter §. 252 fg. — Die Form der Eheschließung ist bei den Katholiken an den Orten, wo das Concil von Trident publicirt ist, Erklärung vor dem zuständigen Pfarrer und zwei Zeugen; wo dieses Concil nicht publicirt ist, bedarf es für die Erklärung des ehelichen Consenses keiner Form. Bei den Protestanten kommt die Ehe zu Stande durch die kirchliche Trauung (welche Bedeutung der kirchlichen Trauung sich aber erst allmälig entwickelt hat, vgl. E. Friedberg das Recht der Eheschließung, Leipzig 1865, S. 153 fg.). — Eine Trennung der Ehe bei Lebzeiten der Ehegatten ist nach heutigem Recht nur durch richterliches Urtheil, und bei den Katholiken nur in Betreff des ehelichen Zusammenlebens, nicht des Bandes, möglich.

Ebenso muß der Disciplin des Kirchenrechtes die nähere Darstellung der Lehre von dem, der Ehe möglicherweise vorhergehenden, Eheversprechen (Verlöbniß) überlassen bleiben[3].

II. Rechtliche Bedeutung.

A. Persönliches Verhältniß der Ehegatten.

§. 490.

Die Ehe ist nicht allein, und ist nicht zunächst ein Rechtsverhältniß; sie ist zunächst ein sittliches Verhältniß. Als solches tritt sie mit einer fertigen Ordnung in das Rechtsgebiet ein, und die Aufgabe der Rechtsordnung kann im Ganzen und Großen keine andere sein, als die, die von dem Sittengesetz geforderte Gestaltung des ehelichen Verhältnisses, so weit sie es vermag, zur äußeren Erscheinung zu bringen. Hierher gehört im Einzelnen Folgendes[1].

1. Ehegatten haben gegen einander einen gerichtlich verfolgbaren Anspruch auf eheliches Zusammenleben[2]. Hartnäckige Ver-

---

[3] Nach römischem Recht war das Verlöbniß (sponsalia) nicht bindend, und konnte nicht einmal durch Conventionalstrafe bindend gemacht werden (l. 1 l. 5 i. f. C. de spons. 5. 1, l. 71 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 134 pr. D. de V. O. 45. 1); doch verlor derjenige, welcher das Verlöbniß brach, zur Strafe die arrha sponsalicia bez. ihren Werth (l. 5 C. de spons. 5. 1, vgl. l. 3 eod., l. 56 pr. C. de ep. et cler. 1. 3, l. 16 C. de ep. aud. 1. 4). Das canonische Recht dagegen gestattet eine Klage auf Vollziehung des Verlöbnisses, freilich für den Fall der Weigerung nur kirchliche Zwangsmittel (c. 10. 17. 22 X. de spons. 4. 1); nach der heutigen Praxis wird in diesem Fall auf eine Entschädigung erkannt. Glück XXIII S. 90, Richter Kirchenr. §. 271 Note 21. Seuff. Arch. VI. 208. 209, VII. 59, XIII. 35, XVIII. 256; vgl. V. 293. 294, XII. 311, XVI. 50, XVIII. 143. 255, XIX. 111. Daneben besteht aber auch die römische Strafe des Verlustes der arrha sponsalicia (des Mahlschatzes) noch fort. Glück XXXIV S. 411.

[1] Das ältere römische Recht kannte in der manus eine Gestaltung des ehelichen Verhältnisses, in welcher dasselbe reines Rechtsverhältniß war. Aber das Rechtsbewußtsein des römischen Volkes hat sich früh von der manus abgewendet; im Justinianischen Recht ist sie spurlos verschwunden. §. 490.

[2] Nicht nach römischem Recht, wegen der unbedingten Freiheit der Ehescheidung. Für das heutige Recht s. Seuff. Arch. I. 237, VIII. 143, XVI.

weigerung des ehelichen Zusammenlebens[3] ist bei den Protestanten Scheidungsgrund[4].

2. Die Verletzung der ehelichen Treue ist in ihrer schwersten Form, der des Ehebruches, Scheidungsgrund, und wird gestraft.

3. Auf der Anerkennung der Pflicht der Ehegatten zur Liebe gegen einander beruhen die Rechtssätze: daß ein Ehegatte gegen den andern keinen Strafanspruch erheben kann[5]; daß den Ehegatten gegen einander die Rechtswohlthat der Lebensnothdurft zusteht[6], selbst im Falle des Verzichtes[7]; daß die Frau von dem Manne keine Sicherheit für ihre Dos fordern darf[8]; daß Ehegatten nicht zum Zeugniß gegen einander genöthigt werden können[9].

4. Die Frau ist dem Manne Gehorsam schuldig[10]; richterliche Hülfe wird aber dem Manne zu diesem Ende nicht gewährt[11]. Doch ist die übergeordnete Stellung des Mannes ferner noch anerkannt in den Rechtssätzen: daß der Mann Rang

---

52. 54, XVIII. 257, XX. 243; IV. 126; XIII. 38. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I S. 390 fg. Vgl. Holzschuher I §. 55 Nr. 10—12.

[3] Seuff. Arch. IX. 42. „Zur Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils auf Rückkehr zu dem Ehegatten können zwar mäßige Strafen eintreten; sie dürfen aber ebenso wenig als bei einem Urtheil auf Eingehung der Ehe bis zu unbedingter Nöthigung gesteigert werden, um die Wiedervereinigung und Fortsetzung einer factisch getrennten Ehe zu erzielen". Ebenso das. XX. 230; s. auch III. 67.

[4] Walter Kirchenrecht §. 314. 316, Richter Kirchenrecht §. 268. 269.

[5] L. 2 C. rer. amot. 4. 21, l. 17 D. de servo corr. 11. 3. Seuff. Arch. XIII. 264, XIV. 137. Das römische Recht schließt auch actiones famosae aus, l. 2 C. cit., l. 1 i. f. C. de I. D. 5. 12. Ueber die actio rerum amotarum s. §. 454 Note 24.

[6] S. §. 267 Nr. 3

[7] L. 14 §. 1 D. sol. matr. 24. 3.

[8] Cod. 5. 20 ne fideiussores dotium dentur. S. aber c. 7 X. de don. i. v. e. u. 4. 20. Glück XXVII S. 231 fg., Girtanner Bürgschaft S. 144. 145, Dernburg Pfandr. I S. 381 Note 4.

[9] L. 4 D. de test. 22. 5. Bayer Vorträge S. 794.

[10] C. 12 sqq. C. XXXIII qu. 5; vgl. l. 14 i. f. D. sol. matr. 24. 3, l. 48 D. de op. lib. 38. 1.

[11] Abgesehen von dem Falle der Note 2. Auch ein Züchtigungsrecht des Mannes läßt sich gemeinrechtlich nicht begründen. Ueber l. 8 §. 2 C. de rep. 5. 17 und Nov. 117 c. 14 s. Glück XXIV S. 383 fg. Deutsches Recht: vgl. Beseler deutsch. Privatr. §. 134 Note 3. 4.

und Stand und das Domicil der Frau bestimmt[12]; daß er als Vertreter der Frau im Processe ohne Vollmacht zugelassen wird[13]; daß er in der Person der Frau injuriirt wird[14].

5. Gegen den Dritten, welcher die Frau gegen ihren Willen zurückhält, hat der Mann ein Klagerecht auf Herausgabe[15].

B. Einfluß der Ehe auf die Vermögensverhältnisse der Ehegatten.

Uebersicht.

§. 491.

Den durch die Ehe verursachten Vermögensaufwand hat der Mann zu tragen[1]. Im Besonderen steht der Frau gegen den Mann ein, im Nothfall gerichtlich verfolgbarer, Anspruch auf Gewährung standesmäßigen Unterhalts zu[2]. Abgesehen hiervon verleiht die Ehe weder der Frau an dem Vermögen des Mannes, noch dem Manne an dem Vermögen der Frau irgendwelche

---

[12] L. 13 C. de dign. 12. 1; I §. 36 Note 5.

[13] L. 21 C. de proc. 2. 13.

[14] L. 1 §. 3. 9 l. 2 l. 18 §. 2 D. de iniur. 47. 10.

[15] Interdictum de uxore exhibenda et ducenda. L. 2 D. de lib. exh. 43. 30, l. 11 C. de nupt. 5. 4. Vgl. Sintenis III §. 131 Anm. 13.

[1] L. 7 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 20 C. eod. 5. 12, l. 65 §. 16 D. pro soc. 17. 1.

[2] Daß der Mann die Verpflichtung habe, die Bedürfnisse der Frau zu bestreiten, wird in den Quellen vielfach anerkannt; s. l. 21 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1 und die übrigen §. 509 Note 5 angeführten Stellen. Einer gerichtlichen Verfolgung aber konnte der Mann nach römischem Recht durch die Scheidung entgehen, und deßwegen ist in den Quellen von einer solchen Verfolgung wenig die Rede. Aber s. l. 22 §. 8 D. sol. matr. 24. 3: — „Sin autem in saevissimo furore muliere constituta maritus dirimere ... matrimonium calliditate non vult, . . tunc licentiam habeat vel curator furiosae vel cognati, adire iudicem competentem ..“. Vgl. Seuff. Arch. XIV. 87; XII. 40, XIII. 146, und unten §. 493 Note 3. — Eine Alimentationspflicht der Frau gegen den Mann geht aus l. 29 C. de I. D. 5. 12, welche man dafür angeführt hat, nicht hervor. Vgl. Sintenis III §. 131 Anm. 14. §. 491.

[3] So das römische Recht. Anders das germanische Recht. Das germanische Recht hat von jeher die durch die Ehe begründete Lebensgemeinschaft

Rechte[3]. Doch ist es nahe liegend, daß die Frau dem Manne als Beitrag zu den Lasten der Ehe ein Heirathsgut, eine Dos[4], zubringe (§. 492 fg.). Seinerseits kann der Mann der Frau eine Wiederlage gegen die Dos machen (§. 508). Das nicht zur Dos gegebene Vermögen der Frau ist ihr freies Vermögen oder

---

auch in der Gestaltung der Vermögensverhältnisse der Ehegatten zum Ausdruck gebracht. Sachsensp. I. 31 §. 1. „Man unde wif ne hebbet nein getweiet gut to irme live". Schwabensp. Kap. 33. „Man unde wip mugen nit gehaben dahein guot gezweihet". Dieser Grundgedanke ist in den verschiedenen deutschen Particularrechten in verschiedener Weise ausgebildet worden; im Großen aber zeigen sich zwei Hauptrichtungen. Entweder wird das beiderseitige Vermögen nur äußerlich in der Hand des Mannes vereinigt, mit der Befugniß desselben, auch das Vermögen der Frau zu den Zwecken der Ehe zu verwenden (System der Gütereinheit, Gütervereinigung, Güterverbindung); oder es wird aus dem beiderseitigen Vermögen eine rechtlich einige Masse unter der mehr oder minder beschränkten Disposition des Mannes gebildet (System der Gütergemeinschaft). Das erste System ist unter dem Einfluß des römischen Rechts vielfach, und namentlich durch die chursächsische Jurisprudenz, zum System des ehemännlichen Nießbrauchs (ususfructus maritalis) umgebildet worden. — Die deutschrechtliche Gestaltung der ehelichen Vermögensverhältnisse ist statistisch genommen auch noch heutzutage in Deutschland die überwiegende; auf keinem andern Punkte hat sich das deutsche Recht in Deutschland ein gleich umfassendes räumliches Herrschaftsgebiet gewahrt. Nichtsdestoweniger muß als das gemeine deutsche Recht auch in dieser Materie das römische Recht angesehen werden. Zwar, wenn man diesen Satz so ausdrückt: daß für das römische Recht die Vermuthung streite, so ist dieser Ausdruck, wie er überhaupt dem Mißverständnisse ausgesetzt ist (vgl. I §. 2 Note 2), so namentlich in der vorliegenden Materie ein wenig passender; nirgends mehr, als gerade hier, wird der Richter Veranlassung und Pflicht haben, selbständig zuzusehen, ob sich nicht auf einem gegebenen Raum eine deutschrechtliche Gestaltung der ehelichen Güterverhältnisse durch Gesetzgebung oder Gewohnheit erhalten habe. Aber deßwegen ist es nicht weniger wahr, daß, wenn diese Untersuchung zu keinem bejahenden Resultate führt, der Richter, wenn er mit dem Satze von der Reception des römischen Rechts als Ganzen (I §. 2 Note 3) nicht überhaupt brechen will, kein anderes, als eben das römische Recht, zur Anwendung bringen darf. Für welches andere System sollte er sich auch entscheiden? Man hat gesagt: für das System der Gütereinheit. So namentlich Gerber Lehrb. d. deutsch. Privatr. §. 231 Note 1, vgl. §. 230 Note 2, und in ausführlicher Erörterung Fr. Rathmann (Obertribunalsrath in Berlin): Einige Worte über eheliches Güterrecht nach heutigem gemeinen Recht in Deutschland, Chemnitz 1859. Aber auch abgesehen davon, daß durch den Ausdruck: System der Gütereinheit doch nur eine allgemeine Richtung der Gestaltung der ehelichen Güterverhältnisse bezeichnet

Paraphernalvermögen (§. 507). — Auf den vermögensrechtlichen Verkehr zwischen den Ehegatten hat die Ehe nur in soweit Einfluß, daß Schenkungen zwischen Ehegatten ungültig sind (§. 509). — Besondere vermögensrechtliche Folgen sind endlich

---

wird, welche im Einzelnen, und namentlich was den Umfang des Rechtes des Ehemannes angeht, eine Reihe von Fragen offen läßt, daß man also in diesem System nicht sowohl eine fertige Theorie hat, als vielmehr nur die Grundlage einer erst zu entwickelnden, bei welcher Entwickelung dem individuellen Ermessen ein nicht unbedeutender Spielraum zufallen wird: so beruht diese ganze Meinung auf der Auffassung, daß das System der Gütergemeinschaft eine spätere, mehr oder minder unorganische Veränderung (Gerber sprach in früheren Auflagen von einer „Verunstaltung") des ursprünglich in Deutschland allein herrschend gewesenen Systems der Gütereinheit sei, und die Richtigkeit dieser Auffassung ist durch neuere Untersuchungen, zum Mindesten gesagt, äußerst zweifelhaft gemacht worden (s. namentlich Roth Jahrb. d. gem. deutsch. R. III. 13, Hänel Zeitschr. f. RGesch. I. S. 273 fg., und neustens wieder Roth krit. VJSchr. X S. 169 fg. — auch die Notiz in Betreff des skandinavischen Rechts bei Bluntschli deutsch. Privatr. §. 197 Nr. 2 a. E.) So ist also die Frage noch gar nicht erledigt, ob nicht, wenn man einmal vom römischen Recht abgehen will, für Deutschland ein doppeltes gemeines Recht anzunehmen wäre, welches sich im Allgemeinen als das sächsische und das fränkische bezeichnen ließe, dessen geographische Abgränzung im Einzelnen aber den größten Schwierigkeiten unterliegen, und der Thatsache gegenüber, daß auf einem und demselben Gebiete sich Particularrechte der entgegengesetzten Systeme begegnen, vielleicht unmöglich sein würde. In der That ist aber auch von der Anwendung des römischen Rechts als gemeinen Rechts, wenn sie vernünftig und mit Vorsicht geschieht, keine Schädigung des nationalen Rechtsbewußtseins zu fürchten. Denn die Ehe ist ein so häufig vorkommendes Rechtsverhältniß, daß, wo sich die deutschrechtliche Auffassung der ehelichen Vermögensverhältnisse als wirkliches Rechtsbewußtsein aufrecht erhalten hat, leicht auch eine demselben entsprechende Uebung wird nachgewiesen werden können, und, wo dieß nicht möglich ist, der Schluß als gerechtfertigt erscheint, daß es sich nicht sowohl um ein Rechtsbewußtsein, als um eine Stimmung Neigung, Gefühls- und Gemüthsrichtung handele, welche in ihrer Unbestimmtheit auf keine andere Berücksichtigung Anspruch machen darf, als ihr auf dem Wege der Willensinterpretation füglich verschafft werden kann (§. 494 Note 13). — Das römische Dotalrecht als gemeines Recht erkennen an: Runde eheliches Güterrecht §. 42, und die Lehrbücher des deutschen Privatrechtes von Eichhorn §. 301 und Mittermaier §. 392. Dawider, daß für das römische Recht eine „Vermuthung" streite, erklären sich die Lehrbücher von Bluntschli §. 198 Nr. 2 a. E., Beseler §. 138. Ueber die frühere Doctrin und Praxis finden sich Mittheilungen in der oben cit. Schrift von Rathmann S. 116 fg.

noch angeknüpft an die verschuldete Ehescheidung (§. 510), an die zweite Ehe (§. 511), und an die vorzeitige Wiederverheirathung (§. 512).

1. Von der Dos*.

a. Begriff.

§. 492.

Dos ist Alles, was von Seiten der Frau dem Manne als Beitrag zu dem Vermögensaufwand zugebracht wird, welcher dem Manne aus der Ehe erwächst[1]. [2]Wegen dieser Bestimmung

---

[a] Der römische Ausdruck dos wird hier beibehalten, aber als recipirter deutscher („Dos") behandelt. Alle deutschen Ausdrücke, welche man an die Stelle dieses Ausdrucks setzen könnte: Heirathsgut, Eingebrachtes, Mitgift, Aussteuer, würden die Frage offen lassen, nach welchen rechtlichen Grundsätzen das Heirathsgut etc. zu beurtheilen sei, während bei der bunten Mannichfaltigkeit der in Deutschland geltenden ehelichen Güterrechte ein Ausdruck, welcher auf das gerade nach römischen Grundsätzen zu beurtheilende Heirathsgut hinweist, wo nicht dringendes Bedürfniß, so doch entschiedene Wohlthat ist.

* Dig. 23. 3 Cod. 5. 12 de iure dotium. Die übrigen von dieser Lehre handelnden Titel werden im Verlauf der Darstellung angegeben werden. — Hasse das Güterrecht der Ehegatten nach römischem Recht, 1. (einziger) Band 1824. v. Tigerström das römische Dotalrecht, 2 Bände 1831. 1832. Bechmann das römische Dotalrecht, 1. Abth. 1863, 2. Abth. 1867 (im Druck begonnen 1865); über die 1. Abth. s. v. Scheurl krit. VJSchr. VI S. 1 fg. (1864). Glück XXIV S. 425 fg. XXV. 1—421. XXVII S. 109—454. Unterholzner Schuldverhältnisse II S. 405—482, Sintenis III S. 15—62.

§. 492. [1] Die Bestimmung der Dos, den „onera matrimonii" zu dienen, wird in vielen Stellen der Quellen hervorgehoben. So namentlich in l. 76 D. h. t.: — „quia, nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est"; l. 16 pr. D. de pec. castr. 49. 17: — „dos . . matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus confertur"; s. ferner l. 11 D. de pact. dot. 23. 4, l. 20 C. h. t., l. 56 §. 1 D. h. t., l. 46 D. fam. herc. 10. 2, l. 65 §. 16 D. pro soc. 17. 2. Ja die dos wird geradezu als Aequivalent der onera matrimonii aufgefaßt, s. Note 4. Nichtsdestoweniger hat Bechmann a. a. O. in Betreff des Verhältnisses der onera matrimonii zum Begriff der Dos eine lebhafte Polemik gegen die „herrschende Auffassung" erhoben. Bechmann möchte am Liebsten, wenigsten was das classische Recht angeht, die onera matrimonii aus der Begriffsbestimmung der Dos ganz hinauswerfen, und die Dos einfach definiren als „Gabe an den Mann um der Ehe willen",

der Dos liegt in dem Geben einer Dos keine Schenkung an den Mann[7]; der Mann erhält in der Dos keine Bereicherung sondern Ersatz für eine Vermögensaufopferung, welche er seinerseits

obgleich er dann freilich hinzufügt: Ehe und Ehelasten seien in diesem Sinne ganz identische Begriffe; wo Ehe, da seien auch Ehelasten. Der Hauptinhalt seiner Ausführung ist folgender. a) Das als Dos Gegebene könne möglicherweise in einem einzelnen Fall gar nicht fähig sein, einen Beitrag zu den Lasten der Ehe zu liefern, z. B. eine nuda proprietas, ein unverzinsliches Forderungsrecht; deßwegen sei es nicht weniger Dos. Aber die herrschende Definition der Dos lautet auch nicht: Dos ist, was Beitrag zu den Ehelasten ist, — sondern: Dos ist, was als Beitrag zu den Ehelasten, mit der Bestimmung, Beitrag zu den Ehelasten zu sein, gegeben wird. b) Der Zweck der Dos sei nicht bloß die Gewährung eines Beitrags zur Bestreitung der ehelichen Lasten; die Dos habe bei den Römern ebenso sehr die Bedeutung gehabt, der Frau eine würdige Stellung im Hause des Mannes zu verschaffen; sie sei ferner für die in der Gewalt des Vaters befindliche und in die Manus des Mannes übertretende Frau der anticipirte Antheil am väterlichen Vermögen, für die selbständige Frau das Organ gewesen, durch welches den Kindern ein Antheil am mütterlichen Vermögen verschafft worden sei. Aber was die zuletzt genannten Zwecke angeht, so liegt es auf der Hand, daß sie der Dos durchaus exoterische sind, Zwecke, welche allerdings möglicherweise durch Geben einer Dos, aber ebenso gut, ja noch viel unmittelbarer, durch Testament erreicht werden konnten; und die würdige Stellung im Hause des Mannes erlangt die Frau eben dadurch, daß sie dem Manne einen Beitrag zu den Kosten des gemeinschaftlichen Lebens zubringt: die Dos dient allerdings auch ihren Interessen, aber doch nur dadurch, daß sie zunächst denen des Mannes dient. Vgl. auch Scheurl S. 4 fg. — Nicht in die Begriffsbestimmung der Dos gehört — und in dieser Beziehung hat die Polemik Bechmann's Grund — das Moment, daß nach dem Willen des Gebers nur der Ertrag des Gegebenen Beitrag zu den Ehelasten sein solle. Wäre diese Beschränkung des Rechtes des Mannes auf den Willen des Gebers zurückzuführen, so müßte dem Geber nach Beendigung der Ehe, oder jedenfalls nach Aufhören der Ehelasten, condictio sine causa (ob causam dati causa finita) zustehen, und davon weiß das römische Recht nichts (vgl. andererseits l. 9 §. 3 D. de I. D. 23. 3). Umgekehrt heißt es in l. 1 D. h. t. ausdrücklich: „Dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit" (vgl. Bechmann I S. 17 fg.). Die Verpflichtung des Mannes zur Herausgabe des Capitals der Dos nach Beendigung der Ehe beruht vielmehr auf der Bestimmung des Gesetzes, welches die Dos ergreift, sowie sie gegeben ist. Ebendeßwegen gehört aber auch diese Verpflichtung nicht in die Begriffsbestimmung der Dos; diese Verpflichtung setzt eine Dos voraus, und kann daher eine Dos nicht erst schaffen. — Wie aber ist es, wenn ausdrücklich ausgemacht wird, daß der Mann das Ein-

übernimmt[4].[5] Ferner wird durch diese Bestimmung der Dos bewirkt, daß der Bestand der Bestellung der Dos von dem Zustandekommen der Ehe bez. der Gültigkeit der bestehenden abhängig

---

gebrachte definitiv behalten solle: ist auch dann noch eine Dos vorhanden? Jedenfalls fallen dann alle diejenigen Rechtssätze weg, welche sich auf die Herausgabe der Dos beziehen, und damit der wesentlichste Inhalt des Dotalrechtes: im Uebrigen aber stehe ich nicht an, die aufgeworfene Frage zu bejahen. Eine solche Gabe ist immer noch eine Gabe um der Ehelasten willen, und daher namentlich nicht als Schenkung zu behandeln (Note 4). Vgl. Bechmann I S. 208. 209; auf der andern Seite Arndts §. 395 Anm. 1.

[2] Vgl. zum Folgenden Hasse S. 383—411, Bechmann I S. 194—200, v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen S. 38—87, Savigny System IV S. 82, vgl. S. 174.

[3] a) L. 21 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. b) L. 25 §. 1 i. f. D. quae in fraud. cred. 42. 8. c) L. 9 §. 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4, l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1. d) L. 19 D. de O. et A. 44. 7. e) L. 47 pr. D. mand. 17. 1. f) L. 8 §. 13 D. quib. mod. pign. 20. 6. g) L. un. §. 1 C. de imponenda lucrativa descriptione 10. 35. Ueber l. 20 C. de don. a. n. 5. 3 f. Bechmann I S. 201.

[4] Es ist bereits bemerkt worden, daß die Quellen die Dos geradezu als Aequivalent der onera matrimonii auffassen. Es heißt, daß der Mann die Dos „pro oneribus matrimonii" habe (l. 21 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1); daß er ohne die Dos nicht geheirathet haben würde (l. 25 §. 1 i. f. D. quae in fraud. cred. 42. 8, l. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4, l. 9 §. 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4); er wird mit einem Gläubiger, und gar mit einem Käufer verglichen (l. 25 §. 1 cit., l. 19 D. de O. et A. 44. 7, l. 13 D. quib. mod. pign. 20. 6). Trotz dem sieht Bechmann, der auch hier von seiner Scheu vor den onera matrimonii beherrscht bleibt, den Grund, weßwegen das Geben einer Dos keine Schenkung sei, nicht in dem Mangel der Bereicherung des Mannes, sondern darin, daß die Absicht des Gebers nicht auf eine Bereicherung schlechthin, sondern auf eine Bereicherung zum Zweck des Herstellens einer dotirten Ehe gerichtet sei. Allerdings würde auch dieser Gesichtspunkt hinreichen, den Begriff der Schenkung auszuschließen, wenngleich in der Dos eine Bereicherung für den Mann läge (§. 365 Note 4). — Bei der Dos, welche von der Frau selbst gegeben wird, kommt als Grund, weßwegen sie keine Schenkung ist, hinzu die der Frau obliegende natürliche Verpflichtung zum Geben einer Dos, l. 32 §. 2 D. de cond. ind. 12. 6, vgl. 289 Nr. 5

[5] Dagegen liegt in der Bestellung einer Dos durch einen Dritten eine Schenkung an die Frau, oder sie kann wenigstens darin liegen. L. 33 i. f.

ist[6], entweder nach dem Gesichtspunkt der Voraussetzung, oder nach dem der Bedingung[7].

b. Bestellung.

α. Personen. Verpflichtung zur Bestellung.

§. 493.

1. Bestellt wird die Dos dem Manne; möglicherweise, wenn derselbe in väterlicher Gewalt steht, auch seinem Vater[1].

2. Bestellt wird die Dos entweder von der Frau selbst, oder für sie von einem Dritten[2].

---

l. 43 §. 1 D. h. t., l. 25 §. 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8, l. 31 pr. C. h. t., l. un. §. 13 C. de rei ux. act. 5. 13, Vat. Fr. 305. 306. Vgl. Bechmann I S. 211 fg., Scheurl S. 35 fg., Bechmann II S. 36—41.

[6] „Neque enim dos sine matrimonio esse potest", l. 3 D. h. t.

[7] L. 7 §. 3 l. 9 pr. D. h. t. Für die Voraussetzung (§. 427 Note 12) spricht die Vermuthung, wenn die Dos sofort hingegeben worden ist. L. 8. D. h. t. „Sed nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est, hoc agi, ut statim res sponsi fiant, et nisi nuptiae secutae fuerint reddantur". L. 1 §. 2. 3 D. pro dote 41. 9. Anders jedoch dann, wenn nicht das Hingegebene selbst, sondern sein Geldwerth Dos sein soll, l. 10 §. 4. 5 D. h. t., l. 17 §. 1 eod., l. 2 D. pro dote 41. 9, Vatr. fr. 111. Anders auch bei dem Versprechen einer Dos, l. 21 l. 41 §. 1 l. 68 D. h. t., l. 36. 37. 80. 83 eod., l. 4 §. 2 D. de pact. 2. 14, vgl. §. 494 Note 4; ferner bei der Bestellung einer Dos durch Schulderlaß, l. 43 pr. D. h. t., vgl. l. 10 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Windscheid Voraussetzung S. 146—148, Erxleben condictiones sine causa II S. 92 fg. 486, Bechmann II S. 8—16.

[1] In diesem Falle hat aber nach dem Tode des Vaters der Mann, so soweit er nicht selbst Erbe, gegen die Erben des Vaters einen Anspruch auf Herausgabe der Dos. L. 20 §. 2 l. 46 l. 51 pr. D. fam. herc. 10. 2, l. 85 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 1 §. 9 D. de dote prael. 33. 4 („sive heres institutus esset, familiae herciscundae iudicio, sive non, utili actione"). Bechmann II S. 45—49. 278 fg. §. 493.

[2] „Pro muliere", „nomine mulieris". Vgl. z. B. l. 5 §. 11 l. 9 pr. l. 29 l. 44 l. 48 §. 1 l. 58 pr. l. 59 §. 2 D. h. t. L. 9 C. de pact. conv. 5. 14: — „alio pro ea offerente dotem ipsa eam pro se videtur offere". Vgl. Buchka Stellvertretung S. 93 fg., Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 96 fg., Bechmann II S. 33 fg. — Die von dem Vater oder einem väterlichen Ascendenten der Frau bestellte Dos heißt dos profecticia, jede andere dos adventicia. Ulp. VI. 2, l. 5 l. 6 pr. §. 1 D. h. t., l. 6 D. de coll.

3. Verpflichtet zur Bestellung einer Dos dem Manne gegenüber ist nur die Frau, und auch sie nur in natürlichem Sinne[3]. Dagegen hat die Frau ihrerseits einen Anspruch auf Gewährung einer Dos: a) gegen ihren Vater und ihre väterlichen Ascendenten[4], eigene Vermögenslosigkeit vorausgesetzt[5]; b) in außerordentlichen Fällen in gleicher Weise gegen ihre Mutter[6]; und endlich kann c) nach einem unzweifelhaften Gewohnheitsrecht die verführte unbescholtene Jungfrau oder Wittwe von dem Verführer

---

37. 6. Auf väterliche Gewalt kommt es dabei nicht an, l. 5 cit. §. 11. Bechmann II S. 423 fg.

[3] L. 32 §. 2 D. de cond. ind. 12. 6. S. §. 289 Nr. 3. Erfüllt die Frau, obgleich sie Vermögen hat, diese ihre Verbindlichkeit nicht, so darf der Ehemann seinerseits ihr die Alimentation verweigern; er ist verpflichtet, die onera matrimonii zu tragen, aber nur von seinem in angemessener Weise durch die Frau verstärkten Vermögen.

[4] Zuerst eingeführt durch die lex Iulia und Papia Poppaea für die Tochter unter Gewalt unter dem Gesichtspunkt, daß der Vater durch Verweigerung einer Dos der — nothwendig vermögenslosen — Tochter die Eingehung einer Ehe unmöglich mache. L. 19 D. de R N. 3. 2. Die spätere Ausdehnung auf emancipirte Töchter ist nicht unbestritten. Einen sicheren Beweis für diese Ausdehnung gewähren allerdings weder l. 6 D. de coll. 37. 6, noch, worauf man sich gewöhnlich beruft, l. 7 C. de dot. prom. 5. 11; doch halte ich für entscheidend, daß auch die der emancipirten Tochter gegebene Dos dos profecticia ist, und dem Rückfallsrecht des Vaters unterliegt (oder doch nach classischem Rechte unterlag). Vgl. l. 71 D. de evict. 21. 2. S. auch Nov. 97 c. 5. Hasse S. 348—351, Glück XXV S. 62 fg.

[5] L. 7 C. de dot. prom. 5. 11. Diese Stelle, eine Decision von Justinian, will die Frage entscheiden, wann angenommen werden dürfe, daß die vom Vater gegebene Dos nicht aus seinem Vermögen, sondern aus dem Vermögen der Tochter gegeben sei: sie hätte sich unmöglich so ausdrücken können, wie sie sich ausdrückt, wenn sie davon ausgegangen wäre, daß der Vater unter allen Umständen eine Dos geben müsse. Glück XXV S. 69 fg., Vangerow I §. 216 Anm. 1, Sintenis §. 132 Anm. 43 (welcher mit Recht auch auf die Analogie der Alimentationsverbindlichkeit des Vaters aufmerksam macht). Seuff. Arch. I. 238, VII. 60. — Fernere Fragen: 1) Größe der zu gewährenden Dos? L. 60 l. 69 §. 4. 5 D. h. t., l. 43 D. de leg. II° 31. Seuff. Arch. VII. 60, XIV. 141, XX. 44. 2) Ist der Vater zur Dotation auch bei bereits bestehender Ehe, und ist er auch zur Wiederbestellung einer Dos nach Verlust der ersten verpflichtet? Glück XXV S. 76 fg., Sintenis §. 132 Anm. 47, Vangerow I §. 216 Anm. 2. Seuff. Arch. VII. 60.

[6] L. 14 D. h. t. „Neque mater pro filia dotem dare cogitur, nisi ex magna et probabili causa, vel lege specialiter expressa". Ich glaube

verlangen, daß er sie entweder eheliche, oder ihr durch Gewährung einer Dos die Eingehung einer andern Ehe ermögliche[7].

β. Act der Bestellung.

§. 494.

Bestellt wird die Dos dadurch, daß dem Manne eine Vermögensvermehrung in der in §. 492 bezeichneten Absicht verschafft wird. Worin die Vermögensvermehrung besteht, ist gleichgültig; eine Dos kann nicht bloß durch Verschaffung des Eigenthums[1] bestellt werden, sondern namentlich[2] auch: durch

---

nicht, daß als „magna et probabilis causa" schon erachtet werden darf, wenn die Tochter einfach kein Vermögen hat, und auch vom Vater rc. keine Dos zu erlangen ist; sondern es muß irgend ein anderer Umstand hinzukommen, welcher die Verweigerung der Dotirung als eine ganz besondere Lieblosigkeit erscheinen läßt. Vgl. übrigens auch Glück XXV S. 97. 98, Sintenis §. 132 Anm. 44. Die einzige „causa lege expressa" steht in l. 19 §. 1 C. de haer. 1. 5: die nicht rechtgläubige Mutter soll die rechtgläubige Tochter dotiren — und diese Vorschrift ist heutzutage unanwendbar (I §. 55). — Ueber die auf Grund von l. 12 §. 3 D. de adm. 26. 7 von Manchen gemachte Annahme einer Dotationspflicht des Bruders s. Hasse S. 358 fg., Glück XXV S. 99 fg., Vangerow I §. 216 Anm. 1, Arndts §. 396 Anm. 3.

[7] Dieses Gewohnheitsrecht gründet sich auf c. 1. 2 X. de adult. 5. 16, welche Stellen aber den bezeichneten Satz nicht enthalten. Denn in der ersten heißt es: „dotabit eam et habebit uxorem"; die zweite droht bei Verweigerung der Ehe Strafe. Vgl. über das Nähere dieser Lehre Glück XXVIII S. 150—183 und die daselbst Citt., ferner Busch Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen gegen ihre Verführer rc. (1828), Gett die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft S. 6—84 (1836), Sintenis III S. 26—29, Seuffert Pand. II §. 427, Holzschuher I S. 415—428. Seuff. Arch. I. 230. 231, IX. 163. 164. 295. 296, XIII. 145; I. 230. 232, VI. 200, VII. 48. 183, IX. 294; I. 229, IX. 295. 296, XIV. 39; IX. 164, X. 52, XIII. 316 vgl. IX. 36. — Die zuletzt genannten Urtheile beziehen sich auf die Frage, ob der Anspruch der Verführten auf ihre Erben übergehe? Man hat dieß geleugnet, indem man den Anspruch unter den Gesichtspunkt einer actio vindictam spirans gestellt hat (Kierulff S. 227 Note, Wächter Württ. Privatr. II S. 533 Note 53, Köppen Erbrecht S. 178 Note 20); aber diese Auffassung des Anspruchs läßt sich als eine gewohnheitsrechtlich begründete nicht nachweisen. S. Glück a. a. O. S. 170 fg. (welcher selbst aber verlangt, daß die Verführte wenigstens sich über die Absicht der Geltend-

Verschaffung eines Rechtes an fremder Sache[3]; durch Verschaffung eines Forderungsrechtes, gegen den Bestellenden[4] oder einen Dritten[5]; durch Befreiung von einer Eigenthumsbeschränkung[6] oder von einer Schuld[7]. Eine Dos kann ferner bestellt werden nicht bloß durch directe, sondern auch durch indirecte Zuwendung[8], und nicht bloß durch Willenserklärung unter Lebenden, sondern auch durch Vermächtniß[9]. Auch ein ganzes Vermögen kann zur Dos gegeben werden, ohne daß jedoch dadurch

---

machung ihres Anspruchs bei ihren Lebzeiten erklärt habe), Busch §. 87. 90, Gett S. 33, Seuffert Note 19, Sintenis Anm. 50 a. E. Von den obengenannten Urtheilen ist nur das erste gegen die Vererblichkeit.

§. 494. [1] Der gewöhnliche Fall, s. z. B. l. 7 §. 3 D. h. t., l. 47 §. 6 D. de pec. 15. 1, Gai. II. 63. Nuda proprietas: l. 4 D. l. 17. 18 C. h. t. — Auch wenn dem Manne eine bloße bonae fidei possessio verschafft worden ist, greifen die Dotalgrundsätze Platz, l. 12 pr. D. de Publ. 6. 2, l. 6 §. 1 D. h. t. Vgl. Hasse S. 241, Bechmann II S. 58—59.

[2] Im Uebrigen vgl. §. 365 Abs. 2, Bechmann II S. 49 fg.

[3] L. 7 §. 2 l. 66 l. 78 §. 2 D. h. t., l. 57 D. sol. matr. 24. 3; vgl. l. 4 D. de pact. dot. 23. 4.

[4] Der Besteller kann entweder abstract versprechen, oder mit dem (ausdrücklichen oder stillschweigend verstandenen, l. 23 D. h. t.) Zusatz: als Dos (dotis nomine), s. z. B. l. 20 l. 48 pr. D. h. t. Der letztere Fall ist derjenige, in welchem der Bestand der Ehe für den Bestand des Versprechens Bedingung ist (§. 492 Note 7): l. 21 l. 41 §. 1 l. 68 D. h. t.

[5] Namentlich (vgl. übrigens §. 365 Note 10) durch Cession (l. 69 §. 1 D. h. t., l. 2 C. de O. et A. 4. 10), oder durch Delegation (l. 36. 37 l. 56 pr. l. 78 §. 5 l. 80. 83 D. h. t.). Auch der Delegirte kann abstract versprechen oder dotis nomine: vgl. l. 36. 37. 80. 83 D. h. t., l. 7 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4.

[6] L. 78 pr. D. h. t., l. 57 D. sol. matr. 24. 3.

[7] L. 41 §. 2 l. 43 pr. D. h. t., l. 10 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4; l. 12 §. 2 D. h. t.; l. 44 §. 1 l. 46 §. 1 l. 57 l. 58 §. 1 l. 77 D. h. t. Bechmann II S. 110 fg.

[8] Indirecte Zuwendung: a) durch Inbewegungsetzung von Mittelgliedern, namentlich (§. 365 Note 15) durch Ausschlagung eines Erwerbes (l. 5 §. 5 D. h. t., l. 14 §. 3 D. de fundo dot. 23. 5, vgl. Bechmann II S. 123 fg.), durch Bestimmung eines Dritten zur Leistung an den Mann (Note 5, l. 5 §. 1 D. h. t., l. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4); b) durch Leistung an den Mann in der Person eines Dritten (l. 19 l. 59 pr. D. h. t., l. 14 pr. D. de fundo dot. 23. 5).

[9] L. 48 §. 1 D. h. t., l. 69 §. 2 D. de leg. I° 30, l. 71 §. 3 D. de cond. 35. 1. Hasse S. 319—334, Bechmann II S. 126 fg.

eine Gesammtnachfolge begründet wird[10]. — Ein besonderer Fall der Bestellung einer Dos ist der, wo etwas unter Veranschlagung zu Geld hingegeben wird, mit der Bestimmung, daß nicht das Hingegebene selbst, sondern die Anschlagssumme Dos sein solle. Ein solches Geschäft ist Bestellung einer Dos mit vorhergehendem Verkauf[11]. —

Die Bestellung einer Dos braucht nicht ausdrücklich zu geschehen; sie kann auch stillschweigend erfolgen. Dieß ist bereits im römischen Recht für den Fall anerkannt, wo die Frau nach der Scheidung mit dem nämlichen Manne eine neue Ehe eingeht, ohne die Dos der früheren Ehe zurückgefordert zu haben: es soll dann angenommen werden, daß sie die Dos auch für die neue Ehe habe geben wollen[12]. Nach heutigem Recht muß man weiter

---

[10] L. 72 pr. D. l. 4 C. h. t., l. 13 §. 10 D. de H. P. 5. 3. In Betreff des Näheren s. das in §. 368 für die Schenkung Ausgeführte, was in ganz gleicher Weise auch hier gilt.

[11] L. 10 §. 5 D. h. t.: — „aestimatio venditio est." Der Besteller überläßt dem Manne das Hingegebene für den vereinbarten Kaufpreis, und bestimmt zugleich, daß der Mann den Kaufpreis nicht zu bezahlen brauche, sondern als Dos behalten solle. Consequenzen aus dem Gesichtspunkt des Kaufes: a) actio ex emto, l. 1. 10 C. h. t.; b) der Mann trägt die Gefahr schon vor der Tradition, l. 10 C. cit., l. 14. 15 D. h. t.; c) er erhält andererseits das commodum rei, l. 10 C. cit., l. un. §. 9 C. de rei ux. act. 5. 13; d) er hat einen Anspruch wegen Entwehrung nach den Grundsätzen des Kaufs, l. 16 D. l. 1 C. h. t.; e) usucapio pro emtore, l. 2 D. pro dote 41. 9. Andererseits ist das Geschäft doch kein reiner Kauf, sondern ein Kauf eben zum Zweck der Bestellung einer Dos, „non simplex venditio, sed dotis causa", l. 16 D. h. t. Daher wird bei Unangemessenheit des vereinbarten Kaufpreises dem Benachtheiligten in einer Weise geholfen, welche weit über die Grundsätze des Kaufvertrages hinausgeht, l. 12 §. 1 D. h. t., l. 6 C. sol. matr. 5. 18, vgl. l. 6 §. 2 D. h. t. Ferner: was der Mann im Fall der Entwehrung über den vereinbarten Preis hinaus erlangt, ist ebenfalls Dos, l. 16. 52 D. h. t. (§. 500 Note 12). Modificationen des Geschäfts: 1) es soll die bezeichnete Geldsumme in Sachen derselben Art, wie die hingegebenen, zurückgegeben werden, l. 18 D. h. t., l. 66 §. 3 D. sol. matr. 24. 3; 2) es soll entweder das Hingegebene, oder die bezeichnete Geldsumme zurückgegeben werden, l. 10 §. 6 l. 11 D. h. t., l. 11 D. de fundo dot. 23. 5, l. 1 C. eod. 5. 23, Vat. fr. 114. Vgl. hierzu l. 52 §. 1 D. loc. 19. 2 (§. 400 Note 22), — und über das Ganze Czyhlarz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX. 1, Bechmann II S. 212 fg.

[12] L. 13. 30. 40. 64 l. 69 §. 2 D. h. t., l. 19 l. 66 §. 5 D. sol.

gehen, und eine stillschweigende Bestellung einer Dos in allen Fällen annehmen, in welchen von der Frau oder von Seiten der Frau Vermögen ohne Vorbehalt in die Hand des Mannes gegeben wird[13].

γ. Verpflichtung aus der Bestellung.

§. 495.

Aus der Bestellung der Dos kann sich möglicherweise eine Verpflichtung für den Besteller ergeben[1]. Es ist dieß der Fall: a) wenn die Bestellung der Dos dadurch geschieht, daß Etwas als Dos versprochen wird[2]; b) wenn die Bestellung der Dos in der Erklärung besteht, das Etwas Dos sei oder sein werde oder als Dos gegeben werde, und durch diese Erkärung der beabsich-

---

matr. 24. 3; vgl. l. 63 D. h. t. Hasse S. 452—474, Bechmann II S. 138 fg. 404 fg.

[13] An diesem Punkte darf, glaube ich, und muß verwerthet werden der durch die Geschichte des deutschen ehelichen Vermögensrechtes hinlänglich bezeugte Zug des deutschen Rechtsbewußtseins nach einer Ausprägung der Einheit der Ehegatten auch in der Gestaltung ihrer Vermögensverhältnisse (§. 491 Note 3). Der allgemeinste Inhalt dieses Zuges ist der, daß das Vermögen beider Ehegatten in der Hand des Hauptes der Familie, des Mannes, vereint sein, und durch denselben den Zwecken der Ehe dienstbar gemacht werden soll: die gemeinrechtliche Rechtsform aber zur Befriedigung dieses Zuges ist das römische Dotalrecht (§. 491 Note 3). — Gegen den im Texte aufgestellten Satz kämpft auf das Lebhafteste Bechmann Jahrb. d. gem. R. V. 14, und vom Standpunkt des römischen Rechtes unwiderleglich richtig; das heutige Recht läßt Bechmann unberücksichtigt. Anders Hasse S. 412 fg., welcher ausdrücklich sagt, daß der aufgestellte Satz nur vom Standpunkte des römischen Rechtes unrichtig sei. „Was hier die Praxis aber entschuldigen, ja, wenn man über die Quelle, aus der sie ihre Regeln herleitet, hinwegsieht, rechtfertigen kann, wird erst in einem folgenden Theil sich zeigen lassen" (S. 412 Note 445). Uebereinstimmend mit dem hier Gelehrten in der Hauptsache: Glück XXV S. 220 fg. XXIV S. 434, Sintenis §. 132 Anm. 71. 12; und s. jetzt auch Bechmann Dotalrecht II S. 138. Angaben über die ältere Literatur bei Glück XXX S. 221. 222 und in der §. 491 Note 3 citirten Schrift von Rathmann. Vgl. auch Holzschuher I §. 58 Nr. 12, Puchta §. 414. d; andererseits Arndts §. 398 Anm. 6.

§. 495. [1] Vgl. hierzu das §. 366 in Betreff der Schenkung Gesagte.

[2] Dotis promissio. Es ist schon bemerkt worden (§. 494 zu Note 4), daß bereits in der dotis promissio eine dotis constitutio liegt; d. h. das

tigte rechtliche Zustand nicht sofort auch bewirkt wird[3]. — Hierfür gelten folgende nähere Grundsätze.

1. Aus der Bestellung einer Dos entsteht deßwegen nicht weniger eine Verbindlichkeit, weil die Bestellung ohne nähere Bezeichnung des Gegenstandes erfolgt ist; es ist in diesem Falle eine den Verhältnissen angemessene Dos zu leisten[4].

---

durch das Versprechen dem Manne erworbene Forderungsrecht steht schon unter Dotalgrundsätzen. L. 41 l. 44 §. 1 D. sol. matr. 24. 3, l. 33. 49 D. h. t. Hasse S. 264—290. — Das Dotalversprechen war schon nach römischem Recht ohne alle Form verbindlich, l. 6 C. de dot. prom. 5. 11 (Theodos. II. et Valentin. III. a. 428; s. übrigens auch Dioclet. et Maxim. l. 4 eod.). Nach einer verbreiteten Behauptung (v. Löhr Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 227 fg., Puchta §. 415. b, Sintenis §. 132 Anm. 33, Holzschuher I §. 58 Nr. 10. a) soll es auch der Annahme von Seiten des Mannes nicht bedürfen. Man stützt diese Behauptung auf den in l. 6 C. cit. vorkommenden Ausdruck pollicitatio, welcher aber hier, wie in l. 25 C. ad SC. Vell. 4. 29, nicht in technischem Sinn (§. 304 Note 3), und offenbar nur deßwegen gebraucht ist, um die in der folgenden Note erwähnte Dotalzusage (dotis dictio, s. die ursprüngliche Gestalt der l. 6 C. cit. in l. 4 C. Th. de dotibus 3. 13) mit zu treffen. In anderen Stellen ist geradezu pollicitatio für dictio interpolirt, so in l. 1 §. 8 D. de dot. coll. 37. 7, l. 1. 13. C. h. t. Vgl. auch Unterholzner II S. 424, Arndts §. 397 Anm. 2, Bechmann II S. 104 fg.

[3] Beispiele aus den Quellen: l. 25 l. 44 §. 1 l. 46 §. 1 l. 57 l. 59 pr. D. h. t. Im älteren römischen Rechte wurde durch eine solche Zusage — dotis dictio — nur die Frau selbst, ihr Vater, Großvater rc., und ihr Schuldner verpflichtet. Ulp. VI. 2, ep. Gaii II. 9 §. 3. In der Justinianischen Compilation ist der Ausdruck dotis dictio überall durch Interpolation beseitigt, s. die zu Anfang dieser Note und in Note 2 a. E. citirten Stellen. Die dotis dictio als besonderes Rechtsinstitut war durch das in der vorigen Note genannte Gesetz überflüssig gemacht: vielleicht auch, daß für die dotis dictio Besonderes galt, was nun überflüssig sein sollte, wie z. B., was sehr wahrscheinlich und fast sicher ist, persönliche Gegenwart der Parteien und mündliche Rede. Die Behauptung, daß die dotis dictio ohne Annahme verbindlich gewesen sei, läßt sich nicht rechtfertigen. Vgl. überhaupt: Meykow die Diction der römischen Brautgabe (1850), Czyhlarz Zeitschr. f. RGesch. VII S. 243 fg.; Hasse S. 291 fg., Bechmann II S. 88 fg.; Arndts §. 397 Anm. 2.

[4] Es ist in den Quellen anerkannt, daß, wenn Jemand als Dos verspreche: „quodcunque arbitratus fuisset", dieses arbitrium als arbitrium boni viri zu verstehen sei, l. 3 C. de dot. prom. 5. 11 (vgl. l. 24 pr. D. loc. 19. 2, l. 22 §. 1 D. de R. I. 50. 17). L. 69 §. 4 D. h. t. sodann

2. Die Verpflichtung des Bestellers geht bei körperlichen Sachen auf Verschaffung von Eigenthum, und zwar von solchem Eigenthum, welches zum Behalten der Sache befugt[5]. Ist Eigenthum dieser Art nicht verschafft worden, so haftet der Be-

---

sagt, daß das Gleiche gelte „arbitrio quoque detracto". Man hat zwar diese letztere Entscheidung auf denjenigen Fall beschränken wollen, von welchem die genannte Stelle unmittelbar spricht, den Fall, wo das Versprechen von dem Vater der Frau geleistet worden ist, indem man nämlich den Grund der Entscheidung in der dem Vater obliegenden Dotationsverbindlichkeit gefunden hat; aber die Stelle selbst gibt als Grund ihrer Entscheidung einen ganz anderen an, nämlich daß in dem Betrage des Vermögens des Vaters und dem Stande des Mannes Anhaltspunkte zur Bestimmung der Größe der Dos gegeben seien. Andererseits rescribirt nun allerdings in l. 1 C. de dot. prom. 5. 11 K. Alexander an eine Ehefrau, daß das von ihr ohne Bezeichnung einer „species" oder „quantitas" gegebene Dotalversprechen unverbindlich sei, und man hat daher wenigstens für die Ehefrau eine Ausnahme von der im Text aufgestellten Regel geltend machen wollen. Aber wenn man die Auslegung, daß das Versprechen einer Dos ohne nähere Bezeichnung als das Versprechen einer angemessenen Dos zu verstehen sei, überhaupt als eine natürliche und von der Billigkeit geforderte anerkennt: so wüßte ich keinen Grund, weßwegen diese Auslegung nicht auch bei der Ehefrau, der doch sogar eine, wenn auch nur natürliche, Verbindlichkeit zur Leistung einer Dos obliegt, durchgeführt werden sollte. Ich halte es daher für weit wahrscheinlicher, daß in l. 1 C. cit. ein principiell verschiedener Standpunkt vertreten ist, und daß daher hier eine Antinomie vorliegt und die bezeichneten Stellen sich gegenseitig aufheben. Welche Entscheidung dabei wir von uns aus zu treffen haben, kann unmöglich zweifelhaft sein; es hindert uns durchaus nichts, die zuvor bezeichnete natürliche und billige Auslegung in einem gegebenen Falle wirklich zur Anwendung zu bringen. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Hasse S. 369 fg., Glück XXV S. 169 fg., Sintenis §. 132 Anm. 37, Puchta §. 415. f, Arndts §. 397 Anm. 3, Bechmann II S. 64—71. Seuff. Arch. II. 189.

[5] Eigenthum: die beschränkte Verpflichtung des Verkäufers, welcher nur wegen Entwehrung haftet, auf den Besteller einer Dos zu übertragen, halte ich trotz des §. 492 Note 4 bezeichneten Gesichtspunktes nicht für gerechtfertigt. L. 1 C. h. t. steht nicht entgegen; diese Stelle sagt nicht, daß der Besteller bloß wegen Entwehrung hafte. Eigenthum, welches zum Behalten der Sache befugt: gemäß der Regel, §. 342 Note 5. 6. Die herrschende Meinung läßt den Besteller nur wegen Eviction haften. — Die herrschende Meinung geht aber noch weiter, und läßt auch diese letztere Verpflichtung nur im Falle eines vorhergegangenen Dotalversprechens (oder, wie einige hinzufügen, einer gesetzlichen Dotationsverpflichtung), nicht aber in dem Falle eintreten, wo ohne vorhergehende Verpflichtung eine Sache sofort zur Dos gegeben worden ist. Man stützt diese Beschränkung auf l. 1 cit., welche sie allerdings wörtlich ent-

steller auf das Interesse des Mannes, bei generisch bestimmten Sachen nach Wahl desselben auch auf Geben einer anderen Sache bez. anderer Sachen derselben Art[6]. Bei cedirten Forderungen haftet der Besteller für juristische Existenz[7]; für factische Realisirbarkeit nur dann, wenn der Cession die Verpflichtung zur Bestellung einer Dos, oder aus der Bestellung die Verpflichtung zur Verschaffung einer nicht individuell bestimmten Forderung vorherging[8].

3. Der Besteller haftet nicht bloß wegen Arglist, sondern

---

hält, und welche von dem Standpunkte des zu ihrer Zeit geltenden Rechtes gar nicht anders entscheiden konnte. Aber ebenso unzweifelhaft scheint es mir, daß anders entschieden werden muß, seit keine Stipulation mehr nöthig ist, um die Verpflichtung zur Leistung einer Dos zu erzeugen. Seit dieser Zeit begründet die Uebergabe einer Sache zur Dos gerade so gut eine Verpflichtung, wie das Dotalversprechen. Oder will man keine Verpflichtung entstehen lassen aus der Erklärung: ich gebe als Dos dieses Grundstück? Und wenn man es will, warum soll es anders sein, wenn mit dieser Erklärung Tradition verbunden, oder, besser gesagt, wenn diese Erklärung in der Tradition abgegeben wird? Man wird auch nicht die Analogie der Schenkung anziehen dürfen (§. 366 Note 7: „der Schenker schenkt das Geschenkte, wie er es hat"); denn die Bestellung einer Dos ist eben keine Schenkung (§. 492 Note 3. 4). Uebrigens würde aus diesem Argument sich ergeben, daß auch aus dem Dotalversprechen nicht wegen Eviction gehaftet werde, und wirklich ist dieser Satz aufgestellt worden, indem man nämlich das in l. 1 C. cit. erwähnte Versprechen von einem Evictionsversprechen hat verstehen wollen. S. noch l. un. §. 1 C. de rei ux. act. 5. 13. Auch l. 34 D. h. t. (Schlußworte interpolirt? vgl. Vat. fr. 269). Literatur: Glück XX S. 206. XXV S. 90 fg., Unterholzner II §. 549, Sintenis §. 132 Anm. 80, Arndts §. 403, Vangerow I §. 217 Anm. 2, Holzschuher I §. 58 Nr. 15, Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 262. 263; neuerdings Arndts Arch. f. civ. Pr. L S. 150 fg. (vgl. §. 342 Note 6b).

[6] Es greifen hier die gleichen Grundsätze Platz, wie bei der Schenkung und beim Kauf (§. 366 Note 8, §. 391 Note 37a).

[7] Es darf auch hier (vgl. Note 5 a. E.) nicht die Analogie der Schenkung zu Grunde gelegt werden.

[8] Für factische Realisirbarkeit haftet nicht einmal der Verkäufer (§. 397 Note 3). Wer aber zur Bestellung einer Dos verpflichtet ist, muß das Vermögen des Mannes in gewissem Maße vermehren, und das thut er nicht durch Verschaffung einer uneinziehbaren Forderung. Ebenso, wer versprochen hat, eine gewisse Summe als Dos in Forderungen zu geben, hat versprochen, diese Summe in guten Forderungen zu geben. Vgl. Schliemann Haftung des Cedenten S. 23 fg.

auch wegen solcher Nachlässigkeit, welche er in eigenen Angelegenheiten zu vermeiden pflegt[9]. Auf Früchte und Zinsen haftet er auch abgesehen vom Fall des Verzuges dann, wenn er mit der Entrichtung der Dos zwei Jahre nach Eingehung der Ehe in Rückstand bleibt; der Zinsfuß beträgt in diesem Falle 4%[10].

4. Ueber die dem Besteller zustehende Rechtswohlthat der Lebensnothdurft s. §. 267 Note 12. 13.

5. Die Forderung gegen den Besteller ist gesichert durch ein gesetzliches Pfandrecht an dessen gesammtem Vermögen[11].

c. Rechtsverhältniß.

α. Während bestehender Ehe.

§. 496.

Die Bestimmung der Dos ist, dem Manne Beitrag zu sein zu den Lasten der Ehe (492). Jedoch gewährt das Recht dem Manne zu diesem Ende nur den Ertrag der Dos[1], so daß das Kapital der Frau verbleibt. Die Form aber, in welcher das Recht diesen Gedanken verwirklicht, ist nicht der eines ehemännlichen Nießbrauchs; vielmehr verleiht es dem Manne das ihm als Dos Gegebene für die Dauer der Ehe zu vollem Rechte[2], und legt

---

[9] Er haftet nicht bloß wegen Arglist: er hat nicht geschenkt, und man kann nicht sagen, daß „nulla eius utilitas versatur" (§. 265 Note 12, §. 492 Note 3. 4). Von der andern Seite darf er nicht härter behandelt werden, als der Mann selbst; auch sonst wird in den Quellen die Verpflichtung des Bestellers und des Empfängers der Dos vielfach parallelisirt (l. un. §. 1 C. de rei ux. act. 5. 13, §. 7 eod. vergl. mit l. 31 §. 2 C. h. t., §. 267 Note 12. 13).

[10] L. 31 §. 2 C. h. t. Vgl. §. 278 Note 13. d, wo aber die Worte „er müßte denn der Vater der Frau sein" zu streichen sind); Glück XXV S. 181 fg., Sintenis §. 132 Anm. 68, Bechmann II S. 72—75. Seuff. XII. 116.

[11] L. un. §. 1 C. de rei ux. act. 5. 13. S. I §. 232 Note 15.

§. 496. [1] L. 7 pr. D. h. t. „Dotis fructum ad maritum pertinere debere, aequitas suggerit; cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est, eum etiam fructus percipere". L. 10 §. 3 eod.: — „quia fructus dotis ad eum pertineat".

[2] S. z. B. §. 40 I. de R. D. 2. 1, l. 47 §. 6 D. de pec. 15. 1, l. 3

ihm nur die Verpflichtung auf, nach Auflösung der Ehe das empfangene Kapital wieder herauszugeben[3].[4]

---

§. 21 D. de acq. poss. 41. 2, l. 13 §. 2 D. de fundo dot. 23. 5, l. 9 §. 1 l. 75 i. f. D. h. t., l. 23 C. h. t.

[3] Es tritt somit hier das Recht in einen Gegensatz zur natürlichen Auffassung (vgl. I §. 148 Note 12, II §. 287 Note 1), die nicht auf die Rechtsform sieht, sondern auf das praktische Resultat, welchem die Rechtsform dient. Dieser natürlichen Auffassung hat den prägnantesten Ausdruck gegeben Justinian in l. 30 C. h. t.: — „quum eaedem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in eius permanserint dominio. Non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est". Und sodann: „sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse . .". Aber auch schon bei den klassischen römischen Juristen findet sich diese natürliche Auffassung hervorgehoben. S. l. 3 §. 5 D. de min. 4. 4: — „quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est"; l. 75 D. h. t.: — „quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est"; l. 71 D. de evict. 21. 2: — „mulieris dos est"; l. 4 D. de coll. 37. 6: — „in matrisfamilias bonis esse dos intelligatur". L. 7 §. 12 l. 24 §. 5 D. sol. matr. 24. 3. — Bechmann I S. 132 fg. hat sich große Mühe gegeben, die Bedeutung dieser Aeußerungen möglichst herabzusetzen, auch hier unter dem Eindrucke seiner Abneigung gegen die onera matrimonii (§. 492 Note 1). S. gegen denselben auch Scheurl S. 28 fg. Von der anderen Seite hat es umgekehrt nicht an Solchen gefehlt, welche diesen Aeußerungen Einfluß auf die juristische Construction gestattet haben, und daher dem Manne nur Nießbrauch, oder doch auch der Frau Eigenthum, ein dominium naturale oder dormiens, haben zugestehen wollen. S. Glück XXV S. 127 fg., und dagegen namentlich v. Löhr Magaz. f. RW. u. Gesetzg. IV S. 57 fg.; dennoch wieder v. Tigerström I S. 202 fg. S. auch Vangerow I §. 218 Anm. 1, Sintenis §. 133 Anm. 2.

[4] Die Verpflichtung des Mannes zur Herausgabe der Dos entsteht erst mit Auflösung der Ehe; aber der Grund zu derselben ist schon in dem Empfang der Dos gelegt. Der Empfang der Dos ist diejenige Thatsache, kraft deren das Recht den Mann mit der Verpflichtung zur dereinstigen Herausgabe belastet. Auch dieses leugnet Bechmann I S. 150 fg.; er bestreitet, daß die Restitutionsverbindlichkeit „dem Dotalbegriffe immanent" sei. Er meint, das Verhältniß sei hier ganz das gleiche, wie bei der Revocation der Schenkung wegen Undankbarkeit; wie nicht die Schenkung die Rückgabeverbindlichkeit begründe, sondern erst die Revocation, so nicht das Geben der Dos, sondern die Auflösung der Ehe (nach klassischem Recht: der an den Tag gelegte Wille der Frau, vgl. §. 499 Note 6). Mir scheint der Unterschied beider Fälle auf der Hand zu liegen. Gegen Bechmann s. Scheurl S. 30 fg.; jetzt wieder Bechmann II S. 146 fg. 295 fg.

§. 497.

Wie der Mann das ihm als Dos Gegebene während bestehender Ehe in jeder anderen Beziehung zu vollem Rechte hat[1], so steht ihm namentlich in Betreff desselben auch die Veräußerungsmacht zu[2]. Durch positive gesetzliche Vorschrift[3] ist ihm aber diese Macht für Grundstücke entzogen worden[4]; jedoch lediglich im Interesse der Frau, so daß das Veräußerungsverbot wegfällt, wenn durch besondere Vereinbarung der Rückfall der Dos an die Frau ausgeschlossen ist[5]. Im Uebrigen ist hier Veräußerung im weitesten Sinne zu nehmen: das Veräußerungsverbot ergreift nicht bloß die Uebertragung des Eigenthums, sondern auch jede andere Rechtsverminderung[6]; es ergreift nicht bloß Veräußerungen unter Lebenden, sondern auch letztwillige[7]; es ergreift endlich auch solche Veräußerungen, welche durch Nichtverhinderung eines fremden Erwerbes geschehen[8]. Andererseits bezieht das Verbot sich nur auf freiwillige Veräußerungen[9]. — Die gegen das Verbot erfolgende Veräußerung ist nichtig, und diese Nichtigkeit wird auch durch die Einwilligung der Frau nicht gehoben[10]; diese Einwilligung müßte denn eidlich gegeben sein[11].

---

§. 497. [1] L. 24 D. rer. amot. 25. 2, l. 3 §. 1 D. de Publ. 6. 2, l. 49 §. 1 D. de furt. 47. 2, l. 11 C. h. t.; l. 4 D. h. t.; l. 7 D. de fundo dot. 23. 5; l. 1 pr. eod.; l. 1 §. 1 l. 2 eod.

[2] L. 61 §. 1 D. h. t., l. 3 C. h. t., l. 61 D. sol. matr. 24. 3.

[3] Durch die lex Iulia (von August) de adulteriis. Paul. S. R. II. 21b §. 2, Gai. II. 63, pr. I. quib. al. 2. 8, l. un. §. 15 C. de rei ux. act. 5. 13.

[4] Dig. 23. 5 Cod. 5. 23 de fundo dotali. Glück XXV S. 154—163. 391—421. Bachofen ausgewählte Lehren S. 89—118 (1848). Czyhlarz Zeitschr. f. Civ. u. Proc. N. F. XXII. 11 (1865). Bechmann II S. 445 fg.

[5] L. 3 §. 1 D. h. t. 23. 5: „Totiens autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit, aut omnimodo competitura est".

[6] L. 1 C. h. t., l. 4 D. h. t., l. un. §. 15 C. de rei ux. act. 5. 13, pr. I. quib. alien. 2. 8, l. 5. 6 D. h. t.

[7] L. 16 D. de test. mil. 29. 1. Vgl. l. 13 §. 4 D. h. t.

[8] L. 16 D. h. t. (vgl. Arndts §. 402 Anm. 2), l. 5. 6 D. h. t. (Unterholzner Verjährungslehre I §. 78). S. andererseits l. 1 pr. D. h. t. Vgl. I §. 182 Note 14 und Bechmann S. 451 fg. 455 fg.

[9] L. 1 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t., l. 78 §. 4 D. de I. D. 23. 3.

[10] L. un. §. 15 C. de rei ux. act. 5. 13, pr. I. quib. alien. 2. 8. Ueber Nov. 61 s. Glück S. 412 fg.

Die Nichtigkeit kann nach Anfall der Dos von der Frau und ihren Erben geltend gemacht werden[12]; aber auch während bestehender Ehe von dem Manne selbst[13]. Die Frau verliert das Recht, die Nichtigkeit der Veräußerung geltend zu machen, durch Genehmigung nach Anfall der Dos[14]. — Das Veräußerungsverbot dauert auch nach Auflösung der Ehe fort, so lange der Mann das Dotalgrundstück noch in Händen hat[15]. Umgekehrt gilt es auch für die Zeit vor der Ehe, wenn das Grundstück vorher übergeben worden ist[16].

§. 498.

Das Verhältniß der Frau zur Dos zeigt sich während bestehender Ehe hauptsächlich darin wirksam, daß die Frau das Recht hat, die Dos sofort zurückzufordern, wenn der Mann dieselbe verschleudert, oder wenn er in Vermögensverfall geräth. Jedoch wird dadurch die Bestimmung der Dos, für die Ausgaben der Ehe zu dienen, nicht aufgehoben, und es muß die fortdauernde Verwendung der Dos zu diesem Ende sichergestellt werden[1]. Ferner gilt, wenn zur Dos ein Grundstück gehört, die Frau zum Zweck der Befreiung von Cautionen bereits bei währender Ehe als Grundbesitzerin[2].

---

[11] C. 28 X. de iurei. 2. 24, c. 2 eod. in VI° 2. 11.

[12] Nach l. 30 C. h. t. Vgl. l. 13 §. 3 D. h. t. Bechmann II S. 460. 483—484.

[13] S. I §. 172 a Note 2. Behält der Mann die Dos nach Beendigung der Ehe, so ist dadurch die Nichtigkeit der Veräußerung geheilt, l. 17 D. h. t., l. 42 D. de usurp. 41. 3.

[14] Eine Genehmigung liegt auch in der Annahme einer ihr vom Manne letztwillig hinterlassenen Entschädigung, l. 77 §. 5 D. de leg. II° 31. Vgl. l. 13 §. 4 D. h. t. Bechmann II S. 461 fg.

[15] L. 12 pr. D. h. t.

[16] L. 4 D. h. t. „Lex Iulia . . plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem iuris sit, quod de marito“.

[1] L. 22 §. 8 l. 24 pr. D. sol. matr. 24. 3, l. 29 l. 30 C. de I. D. 5. §. 498.
12, Nov. 97 c. 6; c. 7 X. de don. i. v. e. u. 4. 20. L. 22 §. 8 cit. ordnet Sequestration der Dos an. Vgl. Glück XXVII S. 244 fg., Francke Arch. f. civ. Pr. XVII S. 459—464, Bechmann II S. 488 fg. Sintenis §. 133 Anm. 114—116, Vangerow I §. 218 Anm. 2 Nr. 1.

[2] L. 15 §. 3 D. qui satisd. 2. 8. — Daß der Frau der Entwehrungsanspruch zusteht, wenn die zur Dos gegebene Sache dem Manne entwehrt

β. Nach aufgelöster Ehe*.

aa. An wen ist die Dos herauszugeben?

§. 499.

Nach Auflösung der Ehe muß die Dos der Frau herausgegeben werden, oder wenn die Ehe durch ihren Tod aufgelöst wird, ihren Erben[1]. Auch dann treten an die Stelle der Frau ihre Erben, wenn die Frau zwar die Auflösung der Ehe überlebt, aber vor Herausgabe der Dos stirbt[2]. — Insofern man aber

---

wird (l. 75 D. de I. D. 23. 3), ist nichts Besonderes, §. 391 Note 31. — Nicht hierher gehört, was man sonst noch anführt, daß die Frau Anspruch auf die Hälfte des vom Manne auf dem Dotalgrundstück gefundenen Schatzes habe (l. 7 §. 12 D. sol. matr. 24. 3). Diese Hälfte fällt an den Mann nach den Regeln des Eigenthums, muß aber von ihm bei Beendigung der Ehe herausgegeben werden, wie Alles, was nicht Frucht ist (§. 501). — Vgl. aber auch noch l. 21 §. 4 D. ad munic. 50. 1, und über eine hierher gehörige oder hierher bezogene Stelle aus dem Ed. Tiberii Iulii Alexandri Rudorff Rhein. Mus. f. Philologie II S. 171 fg., Bachofen röm. Pfandr. S. 242 fg., Bechmann I S. 111 fg.

§. 499. * Dig. 24. 3 Cod. 5. 18 soluto matrimonio dos quemadmodum (quemadmodum dos) petatur. L. un. C. de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita 5. 13. — Durch dieses letztere Gesetz hat Justinian das frühere Recht in mehrfacher Beziehung reformirt. Der formale Ausdruck seiner Reform ist dieser: es solle durch die Auflösung der Ehe nicht mehr, wie bis bahin, die actio rei uxoriae, sondern die actio ex stipulatu erzeugt werden, gleich als wäre wirklich eine Stipulation über die Rückgabe der Dos abgeschlossen worden; für diese neue actio ex stipulatu sollen aber nicht ausschließlich die Grundsätze der alten actio ex stipulatu (bei wirklich abgeschlossener Stipulation), sondern theilweise, so weit es nämlich der Vortheil der Frau erfordert, die der actio rei uxoriae maßgebend sein. Vgl. hierzu Francke Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 436 Note 41, Bechmann II S. 350 fg.

[1] L. un. cit. §. 6. Das ältere Recht schloß die Erben der Frau aus; wenn die Frau in der Ehe starb, so behielt die dos adventicia (§. 493 Note 2) der Mann, die dos profecticia fiel mit Abzug eines Fünftels für jedes Kind an den Geber zurück. Ulp. VI. 4, Vat. fr. 108. Spuren des älteren Rechtes im Corpus Juris: a) l. 23 D. de evict. 21. 2, l. 78 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 20 D. de cond. inst. 28. 7, l. 15 D. de fundo dot. 23. 5, l. 5 D. de bon. damn. 48. 20; b) l. 6 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 78 §. 1 eod., l. 5 D. de divort. 24. 2, l. 10 pr. D. h. t. 24. 3, l. 4 C. h. t. 5. 18. Uebrigens ist der Rückfall der dos profecticia an den Geber auch im Justinianischen Rechte nicht ganz ausgeschlossen, s. darüber Note 4.

[2] L. un. cit. §. 4. Auch dieß war im älteren Recht anders. Ulp. VI. 7.

annimmt, daß heutzutage durch die Verheirathung der Frau die väterliche Gewalt über dieselbe nicht nothwendig aufgehoben wird[3], hat das Gesagte folgende Modificationen zu erleiden. 1) Die von dem Gewalthaber herrührende Dos fällt, wenn die Frau in der Ehe stirbt, an den Gewalthaber zurück[4]. 2) Ueberlebt die Frau die Ehe,

---

[3] S. §. 525 Note 20 Nr. 3.

[4] L. un. cit. §. 13. Justinian verordnet hier, daß der Frau die, nach §. 6 eod. vererbliche, actio ex stipulatu auch dann zustehen solle, wenn ein „extraneus" die Dos gegeben habe, und fügt sodann hinzu: „Extraneum autem intelligimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem et in potestate dotatam personam habentem; parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus". Merkwürdigerweise sind aber diese Worte von jeher ganz vernachlässigt worden, und so hat sich, indem man an den noch das alte Recht vortragenden Pandektenstellen (l. 5 D. de divort. 24. 2, l. 10 pr. l. 59 D. h. t. in Verbindung mit l. 5 §. 11 D. de I. D. 23. 3) festhielt, in der herrschenden Meinung der Satz festgestellt, daß die dos profecticia an den Geber auch dann zurückfalle, wenn dieselbe für eine nicht mehr in der Gewalt stehende Tochter gegeben worden sei. S. hiergegen Francke Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 437 fg., welchem Vangerow I §. 220 Anm. 1 Nr. 2. aa (in der 6. und 7. Auflage) folgt, und neuestens Massot Arch. f. prakt. RW. N. F. V S. 62 fg. Unter dem Einfluß dieser Meinung ist auch in einige Handschriften vor „habentem" ein „non" hineingekommen, welche Lesart einen ganz verkehrten Sinn gibt und den Basiliken widerspricht (Francke a. a. O. S. 439). Bechmann II S. 373 fg. 423—424 hat jetzt die Meinung des Cujacius wieder aufgenommen, nach welcher der citirte §. 13 gar nicht auf den Fall des Todes der Frau, sondern auf den Fall der Scheidung gehen soll; ich halte aber seine Ausführung nicht für überzeugend. S. auch Francke a. a. O. S. 440—441. — Durch das Gesagte verringert sich nun die Bedeutung der alten und schon zur Zeit der Glossatoren berühmten Streitfrage, ob Rückfall der dos profecticia an den Geber auch bei Vorhandensein von Kindern eintrete? Daß die verneinende Beantwortung dieser Frage sich theoretisch nicht rechtfertigen lasse, ist jetzt wohl allgemein anerkannt, s. namentlich Francke Arch. f. civ. Pr. XXVI. 14, außerdem Vangerow a. a. O. lit. bb (dessen Argumentation aber nicht richtig ist, wie Francke S. 425 fg. nachgewiesen hat), Bechmann II S. 433 fg., während sie sich in der Praxis sehr festgesetzt hat. Vgl. Seuff. Arch. I. 350, V. 182. 183[a]. 183[b], VI. 214. — In der ersten Ausgabe dieses Lehrbuches habe ich gelehrt, daß der Rückfall der Dos an den Vater voraussetze, daß die Tochter auch zur Zeit der Auflösung der Ehe noch in väterlicher Gewalt stehe. Ich hatte diese Meinung gestützt auf l. un. cit. §. 11 (durch einen, allerdings in den Berichtigungen [S. 532] verbesserten, Druckfehler war aber statt §. 11 gedruckt §. 13, und deßwegen hat Arndts in seiner Entgegnung Arch. f. civ. Pr. L S. 157 auf dieses Argument keine Rücksicht genommen). Ich gebe diese Meinung jetzt

und steht sie auch dann noch in der Gewalt, so erwirbt sie gemäß der Regel die von dem Gewalthaber herrührende Dos für diesen, während jede andere Dos adventicisches Vermögen wird[5]; in dem einen und dem andern Fall aber kann der Gewalthaber die Dos nicht ohne Consens der Frau einziehen, und wenn er vor der Frau stirbt, ohne die Dos eingezogen zu haben, so fällt auch die von ihm herrührende Dos an die Frau, nicht an seine Erben[6].

bb. Was ist herauszugeben?

§. 500.

Herausgegeben werden muß im Allgemeinen, was als Dos empfangen worden ist, nach folgenden näheren Grundsätzen.

1. Nicht vertretbare Sachen sind in Natur herauszugeben, vertretbare in gleicher Quantität und Qualität[1].

---

auf; denn §. 11 cit., obgleich jedenfalls schlecht ausgedrückt, sagt doch am Schluß sehr deutlich, daß die Dos an die Frau fallen solle trotz (nicht: wegen) der Emancipation, also gewiß bei dauernder Gewalt, und kann daher auf unseren Fall nicht bezogen werden; sie handelt von dem Fall des Todes des Vaters während bestehender Ehe.

[5] S. §. 516 Nr. 2 und 3. Arndts §. 405 Anm. 3.

[6] L. un. cit. §. 14; l. 2 §. 1— l. 4 l. 22 §. 3—6. 9—11 l. 31 §. 2 l. 34. 37 l. 66 §. 2 D. h. t., l. 34 §. 6 D. de sol. 46. 3, l. 25 pr. D. ratam rem. 46. 8, l. 2. 7 C. h. t. 5. 18, l. 8 pr. D. de proc. 3. 3; Ulp. VI. 6, Vat. fr. 116. 119. Vgl. Francke a. a. O. S. 417 fg., Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 392 fg., Bechmann I S. 83 fg. II S. 299 fg. 376 fg. Der letztere Schriftsteller sucht den Grund des Satzes darin, daß nach klassischem Recht der Dotalanspruch nicht sofort mit der Ehescheidung für die Frau entstanden sei, sondern von ihr erst durch persönlichen Entschluß habe erworben werden müssen (vgl. §. 496 Note 4). Dagegen mit Recht Scheurl S. 20 fg.

§. 500. [1] L. 42 D. de I. D. 23. 3. „Res in dotem datae, quae pondere numero mensura constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat, et quandoque soluto matrimonio, eiusdem generis et quantitatis alias restituat vel ipse vel heres eius". Wenn es nichtsdestoweniger in l. 54 D. eod., l. 22 §. 13 i. f. D. h. t. heißt, daß das mit Dotalgeld Angeschaffte dotal werde, so kann das der l. 42 cit. gegenüber nicht den Sinn haben, daß der Mann sich nicht durch Herausgabe der empfangenen Geldsumme befreien könne; es kann nur den Sinn haben, daß, wenn die empfangene Geldsumme nicht herausgegeben werde, die Frau das mit Dotalgeld Angeschaffte in Anspruch nehmen könne. S. auch Bechmann II S. 464—468. — Es ist schwer zu begreifen, wie man zwischen l. 54

2. Rechte sind entweder in Natur herauszugeben[2], oder in Dem, was durch sie erlangt worden ist[3]; Forderungen gegen den Rückempfänger durch Befreiung[4].

3. Befreiungen sind durch Wiederherstellung des betreffenden Rechtes herauszugeben, Befreiungen von fälligen Forderungen durch Leistung des Forderungsgegenstandes[5].

4. [6]Hat der Mann das Herauszugebende nicht mehr oder nicht mehr in unversehrtem Zustande, so ist er zur Leistung des Interesse des Rückempfängers verpflichtet, wenn der Verlust durch seine Arglist oder durch eine Nachlässigkeit eingetreten ist, welche er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt[7]. Ein

---

und l. 22 §. 13 citt. einerseits und l. 12 C. de I. D. 5. 12 andererseits einen Widerspruch hat finden können. Die letztere Stelle sagt nichts, als daß die Frau an dem mit Dotalgeld Angeschafften durch die Anschaffung nicht Eigenthum erwerbe; aber sie behält der Frau ausdrücklich die dotis actio vor, ohne deren Inhalt näher zu bestimmen, also ohne zu sagen, daß ihr Inhalt ein anderer sei, als der sich aus den Pandektenstellen ergebende. Vgl auch Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 131, Sintenis §. 133 Anm. 14, und im Uebrigen Glück VIII S. 169 fg. Bechmann II S. 233—234.

[2] Ein Nießbrauch kann, wenn das Eigenthum nicht beim Rückempfänger oder beim Manne ist, dem Rückempfänger selbst nur der Ausübung nach zurückgegeben werden; es kann aber auch der Rückempfänger verlangen, daß er dem fremden Eigenthümer herausgegeben werde. L. 66 D. de I. D. 23. 3, l. 78 §. 2 eod., l. 57 D. h. t. Glück XXV S. 1—12. Bechmann II S. 399—403.

[3] L. 44 §. 1 D. h. t., l. 48 §. 1 D. de I. D. 23. 3. Der Einziehung einer Forderung steht gleich Erlaß oder Novation, l. 66 §. 6 D. h. t., l. 49 D. de I. D. 23. 3, l. 35 eod.

[4] L. 41 §. 4 D. h. t., l. 81 D. pro soc. 17. 2.

[5] L. 78 pr. §. 1 D. de I. D. 23. 3, l. 57 D. h. t.; l. 43 §. 1 D. de I. D. 23. 3. Vgl. Bechmann II S. 110 fg.

[6] Vgl. zum Folgenden Hasse Culpa S. 420—453.

[7] L. 18 §. 1 l. 25 §. 1 l. 66 pr. l. 67 D. h. t., l. 72 §. 1 D. de I. D. 23. 3; l. 24 §. 5 D. h. t., l. 17 pr. D. de I. D. 23. 3. Hasse a. a. O. S. 424—429, Bechmann II S. 237—239. — Durch Vereinbarung kann natürlich die Verhaftung des Mannes gesteigert werden. Als einen dahin gehörigen Fall pflegt man auch den Fall der aestimatio venditionis gratia (§. 494 Note 11) zu bezeichnen; mit Unrecht, da hier der wirkliche Gegenstand der Dos Geld ist. Eher gehört der Fall hierher, wo ausgemacht wird, daß entweder das als Dos Gegebene oder die vereinbarte Geldsumme zurückgegeben werden müsse (§. 494 Note 11 a. E.). — Eine Schätzungssumme kann aber beim Geben der Dos auch bloß zu dem Ende hinzugefügt werden, um die

besonderer hierher gehöriger Fall[8] ist der, wo der Mann eine Dotalforderung nicht zur rechten Zeit eingezogen, und dadurch ihren Verlust herbeigeführt hat[9]. Auch im Fall der Veräußerung ist der Mann zur Interesseleistung verpflichtet, bei Grundstücken unbedingt, bei beweglichen Sachen, wenn die Veräußerung ohne die Zustimmung der Frau erfolgt ist[10].

Größe des zu leistenden Ersatzes festzustellen, für den Fall daß nach den gewöhnlichen Regeln Ersatz geleistet werden müßte, s. g. aestimatio taxationis gratia. L. 21 C. de I. D. 5. 12, l. 69 §. 7 D. eod. 23. 3, l. 50 D. h. t.

[8] Vgl. über denselben Hasse S. 433 fg., v. Meyerfeld Rhein. Mus. VII. 5 (1835), Hoffmann in Fuhr und Hoffmann civil. Versuche Nr. 3 S. 37 fg. (1835), Bechmann II S. 240 fg.

[9] L. 56 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 33 l. 41 §. 3 l. 49 D. eod., l. 20 §. 2 D. de pact. dot. 23. 4. Alle Verantwortlichkeit fällt für den Mann weg, wenn der Rückempfänger selbst der Schuldner ist, l. 66 §. 7 D. h. t., l. 33 l. 41 §. 4 D. de I. D. 23. 3; außerdem soll es dem Manne nicht als Verschulden angerechnet werden, wenn er den Vater der Frau, oder denjenigen, welcher sich aus bloßer Liberalität gegen die Frau zum Schuldner gemacht hat, nicht zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gedrängt hat, l. 33 D. de I. D. 23. 3. — Es findet sich die Behauptung (Meyerfeld a. a. O. S. 123 fg., Hoffmann a. a. O. S. 46 fg., v. Salpius Novation u. Delegation S. 110 fg., Puchta §. 420. 1, Arndts §. 406 Anm. 4. b, Vangerow §. 218 Anm. 1 [dieser jedoch mit einer Unterscheidung], Bechmann II S. 241 fg., — dawider Hasse S. 436 fg.), daß der Mann für eine ihm durch Delegation (Bechmann: oder Versprechen) verschaffte Forderung auch dann Ersatz leisten müsse, wenn der Schuldner bereits zur Zeit der Dotalbestellung zahlungsunfähig gewesen sei, er müßte sich denn dagegen verwahrt haben, daß er die Forderung als gute annehme. Diese Behauptung, welche das richtige Sachverhältniß geradezu umkehrt, hängt mit dem allgemeineren in §. 412 Note 17 bezeichneten Irrthum zusammen, daß das römische Recht die durch Delegation verschaffte Forderung dem Delegatar als baares Geld anrechne. Speciell für die Dos wird diese Meinung widerlegt durch l. 41 §. 3 D. de I. D. 23. 3 („periculum viri esse, quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuit", — welche Worte freilich Meyerfeld S. 134 dahin erklären will, daß die Wissenschaft des Mannes „präsumirt oder vielmehr fingirt" werde! ähnlich Bechmann), und einen Gegenbeweis enthalten auch nicht l. 46 pr. l. 53 D. de I. D. 23. 3, l. 6 D. de pact. dot. 23. 4. Meyerfeld glaubt, daß in diesen Stellen ein „arg. a contrario fortissimum" enthalten sei; dasselbe würde aber, was speciell die l. 6 cit. angeht, zu dem Resultate führen, daß die Dos der Regel nach auf Gefahr des Mannes stehe, vv. *ut sit dos periculo mulieris*. S. auch l. 71 D. de I. D. 23. 3 (Meyerfeld S. 117).

[10] Grundstücke kann der Mann nicht veräußern (§. 497); bewegliche

5. Der Gegenstand der Dos kann möglicherweise während bestehender Ehe verändert werden: entweder durch Vertrag, welcher Vertrag aber ungültig ist, wenn er der Frau zum Nachtheil gereicht[11], oder nach rechtlicher Nothwendigkeit[12].

§. 501.

Mit dem Kapital der Dos muß das aus demselben Gewonnene herausgegeben werden, soweit es nicht Frucht ist[1]. Die Früchte dagegen behält der Mann[2]. Wenn aber näher gefragt wird: welche Früchte?[3], so ist das Entscheidende nicht die That-

---

Sachen kann er veräußern, aber er soll sie nicht veräußern, wenn ihm nicht die Erlaubniß dazu durch den Besteller oder die Frau ertheilt worden ist, was natürlich auch stillschweigend geschehen kann. L. 50 D. h. t., l. 32 D. de I. D. 23. 3, l. 32 pr. D. de pact. dot. 23. 4. Vgl. auch l. 61 l. 64 pr. §. 5 D. h. t., l. 14 §. 2 D. ad leg. Corn. de fals. 48. 10, und dazu Francke Arch. f. civ. Pr. XVIII S. 14. 15.

[11] L. 25. 26. 27 D. de I. D. 23. 3, l. 32 eod., l. 21 l. 29 pr. D. de pact. dot. 23. 4. Vgl. l. 7 §. 5 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Bechmann II S. 227—228.

[12] Z. B. in Folge einer vom Miteigenthümer erhobenen Theilungsklage, l. 78 §. 4 D. de I. D. 23. 3; in Folge der Entwehrung, l. 16 l. 52 D. de I. D. 23. 3.

[1] So der dem Eigenthum anwachsende Nießbrauch, die Anschwemmung, die Eigenthumshälfte des auf dem Dotalgrundstück gefundenen Schatzes, die Windbrüche, (der partus ancillae, das vom Dotalsclaven nicht ex re mariti oder ex operis suis Erworbene). L. 4 l. 10 §. 1. 2 l. 32 l. 65 l. 69 §. 9 D. de I. D. 23. 3, l. 7 §. 12 l. 31 §. 4 D. h. t., l. un. §. 9 C. de rei ux. act. 5. 13. §. 501.

[2] L. 7 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 20 C. eod. 5. 12, l. 5 l. 7 §. 9—14 l. 8 pr. D. h. t., l. 18 pr. D. de fundo dot. 23. 5, l. 10 §. 3 D. de I. D. 23. 3, l. un. §. 7. 9 C. de rei ux. act. 5. 13. Vgl. I §. 203 und Glück XXV S. 106 fg.; speciell über l. 7 §. 13 D. h. t. s. I §. 144 Note 3. Die vor der Ehe gezogenen Früchte vermehren das Kapital der Dos, l. 6 l. 31 §. 4 D. h. t., l. 7 §. 1 l. 47 D. de I. D. 23. 3.

[3] Schrader de divisione fructuum dotis commentatio (1825). Glück XXVII S. 272—329 (1825). Hasse de variis eorum sententiis, qui in explananda l. 7 §. 1 D. soluto matrimonio vulgatam interpretationem reliquerunt (1827). Ders. Rhein. Museum II S. 1—41 (1828). Francke Arch. f. civ. Pr. XXX. 10 (1847). Brinckmann das. XXXVI. 15 (1853). Fortsetzung in Haimerl's VJSchr. XVII. 10. XVIIII. 5 (1866). Bechmann II S. 188 fg. Vangerow I §. 220 Anm. 2, Böcking Pand. III §. 14 Note 8, Arndts §. 407 Anm., Sintenis §. 133 Anm. 73.

sache der Perception[4], sondern es gebührt dem Manne für jedes Jahr, während dessen er die Dos in Händen gehabt hat[5], ein voller Jahresertrag[6], von dem Fruchtertrag des letzten unvollständigen Dotaljahres[7] aber ein Antheil, welcher der Zeit entspricht, während deren in diesem Jahre die Ehe bestanden hat[8].

---

[4] L. 7 §. 9 D. h. t.: „fructus toto tempore, quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus".

[5] Die Dos als Dos, also während bestehender Ehe. L. 5. 6 D. h. t.

[6] Vollzieht sich der Fruchtertrag in kleineren oder größeren Perioden, so werden nicht Dotaljahre, sondern die betreffenden Perioden gerechnet, l. 7 §. 6—8 D. h. t.

[7] Dieses letzte unvollständige Dotaljahr kann möglicherweise auch das erste sein, wenn nämlich der Mann die Dos kein volles Jahr in Händen gehabt hat. L. 7 pr. §. 1. 2 D. h. t.

[8] L. 5—7 D. h. t., l. un. §. 9 C. de rei ux. act. 5. 13. Dieß gilt nicht minder von den juristischen, als von den natürlichen Früchten, l. 7 §. 8. 10. 11 D. h. t. — Der Fruchtertrag des letzten Dotaljahres besteht in der Ernte dieses Jahres. Francke a. a. O. Anders die herrschende Ansicht (s. namentlich Vangerow a. a. O.) für den Fall, wo in dem letzten Dotaljahr zwei Fruchtperioden zusammentreffen; in diesem Fall sollen der Rechnung zu Grunde gelegt werden die Ernten beider Fruchtperioden, und es soll dem Manne von jeder Ernte derjenige Theil zugesprochen werden, welcher der Zeit entspricht, während welcher in jeder Fruchtperiode die Ehe bestanden hat. (Beispiel: Beginn der Ehe am 1. April 1866; Ende am 1. October 1867; Zeitpunkt der Vollendung der Ehe 31. Juli; Beginn der neuen Fruchtperiode 1. August. Nach der hier vertretenen Ansicht erhält der Mann außer der vollen Ernte des Jahres 1866 von der Ernte des Jahres 1867 $^1/_2$; nach der entgegengesetzten Ansicht erhält er außer der Ernte des Jahres 1866 von der Ernte des Jahres 1867 $^4/_{12}$ und von der des Jahres 1868 $^2/_{12}$.) Noch anders Bechmann a. a. O., nach dessen Ansicht es sich immer nur um Vertheilung einer nicht in die Ehe fallenden Ernte handeln kann, da der Mann jede während der Ehe gemachte Ernte ganz erhalten soll. (In dem oben bezeichneten Beispiel: der Mann soll erhalten außer der Ernte des Jahres 1866 die ganze Ernte des Jahres 1867 und $^2/_{12}$ der Ernte des Jahres 1868.) Nur wo die Ehe schon im ersten Jahre aufgelöst wird, spricht auch Bechmann, wie das freilich die Quellen unumgänglich nöthig machen, von der in diesem Jahre gemachten Ernte dem Manne nur einen Theil zu. — Große Schwierigkeit macht in dieser Lehre einer jeden Ansicht die berühmte Crux, l. 7 §. 1 D. h. t. „Papinianus autem l. XI. Quaest. divortio facto fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit, cumque vir ex Kalendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Ianuarii suprema die facto divortio retinere virum et vin-

cc. Zeit der Zurückgabe.

§. 502.

Unbewegliche Sachen sind sofort nach Auflösung der Ehe zurückzugeben, bewegliche und unkörperliche nach einem Jahre[1].

---

demiae fructus et eius anni quo divortium factum est quartam partem mercedis aequum est; alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si fine mensis Ianuarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur". Ich kann in der Entscheidung dieser Stelle nur eine fehlerhafte Rechnung sehen, welche uns nicht bindet. Der Theil des Pachtgeldes, welcher noch während der Ehe erfällt, repräsentirt nicht den Fruchtertrag dieses, sondern den des folgenden Jahres. Freilich steht diese Auffassung der Stelle durchaus vereinzelt da; alle übrigen Schriftsteller erkennen die Entscheidung Papinian's als maßgebend an. Während aber einige bei dem Wortsinn derselben stehen bleiben, und sie, so verstanden, in verschiedener Weise zu rechtfertigen suchen (Hasse, dem sich später auch Schrader Tüb. krit. Zeitschr. VI S. 219 fg. angeschlossen hat, Francke, Puchta Vorles. zu §. 421, Bechmann), haben Andere es versucht, sie umzudeuten. a. Die Stelle soll dem Manne 1/3 zusprechen nicht von der ganzen Weinlese und einem Viertel des jährlichen Pachtzinses, sondern von einem durch Berücksichtigung der Weinlese für das eine Jahr, und des Pachtzinses für das andere Jahr zu findenden mittleren Jahresertrag; so namentlich Schrader l. c., dem dann Glück und viele Andere (s. Glück S. 317) gefolgt sind, und schon vor ihm, aber mit einer andern Art der Berechnung Fr. Connanus comm. iur. civ. VIII. 10 n° 8, vgl. auch noch Arnold comm. ad leg. 7 §. 1 D. sol. matr. Berol. 1859 p. 6 sqq. (Vangerow S. 413). b. Die Stelle soll dem Manne 1/3 zusprechen, welches aus der Weinlese und einem Viertel des jährlichen Pachtzinses in der Weise zu finden sei, daß ihm dieses Viertel ganz, von der Weinlese aber nur 1/12 zugesprochen werde; so namentlich, nach dem Vorgange von Duarenus disput. I. 60, Vangerow, ferner Böcking, Sintenis, Rudorff Grundr. S. 342. Was nun zuvörderst diese letztere Meinung angeht, so glaube ich, auch wenn man davon absehen will, wie viel sie in die Stelle hineinträgt, mit Arndts, daß sie widerlegt ist durch die Frage: 1/3 wovon? Die Meinung von Connanus und Schrader ist, als mit den Worten zu schwer vereinbar, jetzt wohl allgemein aufgegeben. Die Versuche aber, welche von Hasse, Francke und Anderen (s. ob.) zur Rechtfertigung der nach dem Wortsinn verstandenen Entscheidung des Papinian gemacht worden sind, kann ich nicht für gelungen halten. — Auch durch Emendation hat man zu helfen gesucht. So schlägt jetzt Mommsen in seiner Ausgabe vor, statt: vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni zu lesen: vindemiae fructus quarta portio et tres (sc. quartae portiones) mercedis instantis anni,

Jedoch gebühren die Einkünfte auch dieses Jahres nicht dem Manne, sondern dem Rückempfänger[2]. Was bewegliche Sachen angeht, welche keine Einkünfte gewähren, so zahlt der Mann nach Ablauf des bezeichneten Jahres 4% Zinsen von der Schätzungssumme[3].

Vor Auflösung der Ehe kann die Dos ausnahmsweise in dem in §. 498 bezeichneten Fall zurückgefordert werden. Freiwillige Herausgabe der Dos vor Auflösung der Ehe[4] ist Schenkung, und daher nach den Grundsätzen von der Schenkung zwischen Ehegatten für den Mann unverbindlich[5]. Aber auch die Annahme der Herausgabe ist unverbindlich für die Frau, d. h. die Frau kann, wenn sie zur Zeit der Auflösung der Ehe die Dos nicht mehr hat, die Dos noch einmal fordern[6]. Der eine und der andere Satz aber unterliegt gewissen Ausnahmen[7].

---

wodurch sich im Resultat die Berechnung des Duarenus ergibt. Brinckmann a. a. O. will die Worte quarta portio und tertia portio am Schluß der Stelle umstellen, glaubt aber, daß die darnach sich ergebende Berechnung (XVIII S. 108) nur ausnahmsweise unter ganz besonderen Umständen zuzulassen sei. — Emendiren bez. die Sätze des §. 1 und 2 der l. 7 umstellen will auch Bechmann (S. 206), jedoch nur zu dem Ende, um besseren Zusammenhang in die Stelle zu bringen.

§. 502. [1] L. un. §. 7 C. de rei. ux. act. 5. 13. Früher hieß es: nicht vertretbare Sachen sofort, vertretbare in drei Jahresterminen. Ulp. VI. 8.

[2] So sind zu verstehen die Schlußworte der l. un. §. 7 cit.: — „similique modo pensionibus vel vecturis navium sive iumentorum, vel operis servorum, vel quaestu civilium annonarum, et aliis quae sunt eis similia, parti mulieris restituendis", — wegen l. un. §. 9 eod. Vgl. Glück XXVII S. 271, Sintenis §. 133 Anm. 10.

[3] L. un. §. 7 cit. Bechmann II S. 393—395.

[4] Vgl. zum Folgenden: Glück XXVII S. 234 fg. 246 fg., Hasse Zeitschr. f. gesch. RW. V. 9 (1823), Francke Arch. f. civ. Pr. XVII. 16. XVIII. 1 (1834. 1835), Bechmann II S. 153 fg.

[5] L. 28 D. de pact. dot. 23. 4, l. un. C. si dos const. matr. 5. 19, Nov. 22 c. 39. Francke XVIII S. 9 hält es, mit Rücksicht auf l. 15 §. 1— l. 17 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (§. 509 Note 27), für etwas Besonderes, daß mit der Dos auch ihre Früchte zurückgefordert werden können, l. un. C. cit., Nov. 22 c. 39. Aber die Früchte sind hier Gegenstand der Schenkung. — Etwas wirklich Besonderes enthält Nov. 22 c. 39 in der Vorschrift, daß das Rückforderungsrecht nicht bloß dem Manne, sondern auch seinen Erben zustehen soll. Vgl. §. 509 Nr. 4.

[6] Wahrscheinlich nach einer Vorschrift der l. Iulia und Papia Poppaea.

dd. Natur des Anspruches auf Herausgabe.

§. 503.

Auf Herausgabe der Dos geht:

1) ein persönlicher Anspruch[1], welcher unter freiem richterlichen Ermessen steht[2], und durch eine gesetzliche und privilegirte Hypothek am gesammten Vermögen des Mannes gesichert ist[3].

2) Außerdem kann die Frau auch die noch vorhandenen Dotalsachen sofort als ihr Eigenthum in Anspruch nehmen[4].

Francke XVIII S. 14. L. 27 §. 1 D. de relig. 11. 7, l. 1 §. 5 D. de dote prael. 33. 4, l. un. C. si dos const. matr. 5. 19, Nov. 22 c. 39. Eine ganz besondere (mit dem §. 496 Note 4 Bemerkten zusammenhangende) Auffassung bei Bechmann I S. 165 fg. II S. 153 fg.

7 Diese Ausnahmen galten ursprünglich nicht für beide Sätze, sondern nur für den zweiten, und erst durch die Compilatoren sind sie, wohl in Folge eines Mißverständnisses, auf den ersten übertragen worden, wie dieß die Vergleichung von l. un C. si dos const. matr., welche in Nov. 22 c. 39 nur wiederholt ist, mit l. 3 §. 1 C. Th. de dot. 3. 13 ergibt. Die Ausnahmen selbst stehen in l. 73 §. 1 D. de I. D. 23. 3, l. 20 D. h. t., und sind folgende: wenn der Mann der Frau die Dos zurückgibt a) zur Bezahlung von Schulden oder zum Ankauf von Grundstücken (s. auch l 85 D. de I. D. 23. 3); b) damit sie für ihre Bedürfnisse selbst sorge; c) zum Zweck der Alimentation armer Angehörigen oder des Loskaufs derselben aus der Gefangenschaft, — und wenn entweder die Verwendung zu diesen Zwecken wirklich erfolgt ist, oder der Mann annehmen durfte, daß sie erfolgen werde (l. 73 §. 1 cit.: „non perditurae uxori"). S. Glück S. 248 fg., Hasse S. 318 fg., Francke S. 16 fg., Leist civ. Studien II S. 199 fg., Bechmann II S. 157 fg.; Puchta §. 420. o, Arndts §. 404 a. E., Vangerow I §. 218 Anm. 2 Nr. 2, Sintenis §. 133 Anm. 123.

1 Die alte actio rei uxoriae, die Justinianische actio ex stipulatu (§. §. 503.
499 Note *). Rechtshistorisches über die actio rei uxoriae bei Dernburg Compensation S. 99 (2. Aufl. 95) fg., Bechmann I S. 47 fg. II S. 319 fg.

2 L. un. §. 2 C. de rei ux. act. 5. 13.

3 S. über das Nähere I §. 232 Nr. 6. §. 246 Nr. 2.

4 Nach der Vorschrift Justinian's in l. 30 C. de I. D. 5. 12; s. auch Nov. 91 c. 1. Der Gedanke, von welchem die l. 30 cit. ausgeht, ist folgender: es ist nicht erträglich, daß der Anspruch der Frau auf Herausgabe ihrer vorhandenen Dotalsachen durch die Gläubiger des Mannes, und hätten sie auch an diesen Sachen eine Hypothek, sollte vereitelt werden können. Deßwegen gibt Justinian der Frau in Betreff dieser Sachen einmal die Befugniß, sie sofort als ihr Eigenthum in Anspruch zu nehmen (vgl. l. 22 §. 13 i. f. D.

Unter vorhandenen Dotalsachen[5] sind solche zu verstehen, welche noch im Vermögen des Mannes vorhanden sind, so daß also die gültig veräußerten[6] von dem Eigenthumsanspruch nicht ergriffen werden[7]. Andererseits fallen unter den Eigenthumsanspruch auch

---

sol. matr. 24. 3, l. 54 D. de I. D. 23. 3 [§. 500 Note 1]), dann aber auch eine, jede andere Hypothek überwindende, hypothecaria actio. — Jedoch ist es nicht allgemein anerkannt, daß dieß wirklich der Inhalt des Gesetzes sei. Andere sind der Meinung, daß Justinian in demselben der Frau nur eine Hypothek gegeben habe (s. namentlich v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzgeb. IV S. 70—76. Arch. f. civ. Pr. V S. 295 u. X S. 268 Note 7), oder umgekehrt nur einen Eigenthumsanspruch (Dernburg Pfandr. I S. 383), oder einen neuen aus Eigenthums- und Pfandanspruch gemischten Anspruch (Bechmann II S. 474 fg.). Ueber die Ansicht Ihering's, nach welcher die der Frau gewährte utilis rei vindicatio nur eine andere vortheilhaftere Form für ihren persönlichen Anspruch gegen den Mann sein soll, s. I §. 174 Note 9; dawider jetzt auch Bechmann II S. 478.

[5] Im Gesetze Justinian's heißt es: „si tamen extant“.

[6] Dieß können natürlich der Regel nach nur bewegliche Sachen sein (§. 497).

[7] Für diese Auslegung des Ausdruckes exstare s. l. 6 §. 3 C. de sec. nupt. 5. 9, auch l. 12 §. 1 C. qui pot. 8. 18. Andere (Unterholzner Verjährungslehre I §. 80, Schirmer das. Anm. 271[a], v. Buchholtz jur. Abhandlungen S. 181, Bechmann II S. 470 fg.) verstehen unter res exstantes Sachen, die noch körperlich vorhanden sind, und allerdings wird der Ausdruck auch in diesem Sinne in den Quellen gebraucht, s. z. B. l. 50 D. h. t. 24. 3. Mit Sicherheit wird wohl nie ausgemacht werden können, welchen Sinn dieser Ausdruck in l. 30 cit. wirklich habe. Für die hier angenommene Auslegung (welche vertreten wird von Zimmern Gesch. d. röm. Privatr. I S. 584 Anm. 14, Puchta Erlang. Jahrb. III S. 42. 43, Arndts §. 411) spricht, daß sonst der Zusatz: si tamen exstant denn doch gar zu nichtssagend sein würde; ferner die citirte l. 12 §. 1 C. qui pot. 8. 18, wo offenbar der Frau ein Pfandprivilegium nur für den Fall gegeben werden soll, daß sie nicht bereits durch ihr Recht an den res exstantes geschützt sein sollte, zu den res „quae non exstant“ aber außer den „consumtae“ auch die „dissipatae“ gerechnet werden, — und auf welchen anderen Fall könnte der Ausdruck res dissipatae in diesem Gegensatz gehen, als auf den Fall, wo der Mann die Dotalsachen in Geld umgesetzt, und das Geld verschwendet hat? (Bechmann II S. 471 meint: auf den Fall der Verschleuderung, d. h. der factischen Verbringung, so daß die Sachen nicht mehr aufzufinden sind; aber ist dieser Fall praktisch so wichtig, daß es sich für den Gesetzgeber gelohnt hätte, seiner ausdrücklich zu gedenken?) Das beste Argument für die entgegengesetzte Auslegung ist, daß der Frau jedenfalls die actio hypothecaria gegen den dritten Erwerber nicht versagt werden kann, dieser actio

diejenigen Sachen, welche gegen eine Taxe in der Weise zur Dos gegeben worden sind, daß den eigentlichen Dotalgegenstand die Schätzungssumme bilden soll, — diese Sachen jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die Schätzungssumme nicht gezahlt wird[8]. Ebenso können Sachen, welche mit Dotalgeld angeschafft worden sind, nur dann vindicirt werden, wenn die Kaufsumme nicht gezahlt wird[9]. — Dritte Besitzer können dem Anspruch der Frau

---

aber von Justinian die utilis rei vindicatio im Uebrigen ganz gleichgestellt wird. — Eine mittlere Meinung bei Sintenis §. 133 Anm. 12: die Frau soll den Eigenthumsanspruch gegen den dritten Erwerber dann haben, wenn (die Veräußerung ohne ihren Consens geschehen, und) der Mann insolvent sei. Für diese Meinung spricht die Tendenz des Gesetzes und l. 7 D. de fundo dot. 23. 5; von der anderen Seite: der Gesetzgeber kann sich doch unter res exstantes nur Eines gedacht haben, entweder im Vermögen des Mannes befindliche, oder körperlich existirende Sachen, und einen Unterschied macht er nicht. S. noch die folgende Note.

[8] Das Gesetz sagt ausdrücklich, daß seine Bestimmung auch gelten solle für res aestimatae. Darunter nur res taxationis gratia aestimatae zu verstehen (Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 343 fg., s. auch Arndts §. 411 Anm. a. E.), ist willkührlich: und welche Veranlassung hätte das Gesetz gehabt, seine Geltung für diese Sachen ausdrücklich einzuschärfen? Von der anderen Seite läßt sich nicht annehmen, daß das Gesetz dem durch den Vertrag der Parteien festgestellten Dotalgegenstand einen andern habe substituiren wollen: daraus ergibt sich die im Text bezeichnete Beschränkung. — Es wird also hier in das Gesetz etwas hineingetragen, was es nicht ausspricht. Man wird nicht sagen dürfen, daß sich durch eine ähnliche Hineintragung auch die am Schlusse der vorigen Note abgelehnte Meinung rechtfertigen lasse. Diese letztere Hineintragung müßte so lauten: die Frau soll einen Eigenthumsanspruch an den noch im Vermögen des Mannes befindlichen Dotalsachen haben, für den Fall der Insolvenz des Mannes aber auch an den veräußerten. Die hier gemachte Hineintragung lautet so: die Frau soll einen Eigenthumsanspruch an den im Vermögen des Mannes befindlichen (Dotal-) Sachen haben, für den Fall aber, daß ihre Forderung nicht auf eben diese Sachen gehen sollte, nun dann, wenn ihre Forderung nicht befriedigt wird. Der Unterschied scheint mir auf der Hand zu liegen. — Für die Meinung, daß das Gesetz die res venditionis gratia aestimatae schlechthin ergreife, neuerdings Bechmann II S. 469 fg. Gegen seine Berufung auf die bereits in klassischem Recht anerkannte freie Behandlung des Aestimationsvertrages s. seine eigene Bemerkung II S. 222 zweit. Abs.

[9] Der Grund ist der gleiche, wie in dem vorigem Fall: weil auch hier die angeschaffte Sache nicht den eigentlichen Gegenstand der Dos bildet (§. 500 Note 1).

keine Verjährung entgegensetzen, welche abgelaufen ist, bevor die Dos an die Frau zurückgefallen ist[10]. —

Ueber die gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe der Dos zustehende Rechtswohlthat des Nothbedarfs s. §. 267 Nr. 8.

ee. Beweis*

§. 504.

Der Beweis des Empfanges einer Dos kann durch die Heirathsurkuude nicht ohne Weiteres geführt werden. Gegen eine in derselben enthaltene Erklärung, daß Etwas als Dos gegeben worden sei, kann der Mann sich in gleicher Weise vertheidigen, wie gegen das Bekenntniß des Empfanges eines Darlehns (§. 372): also durch Rückfordern der Urkunde, durch Ableugnung des Empfanges gegenüber der Rückforderung der Dos, durch schriftlichen Protest[1]. Nur die Fristen sind hier anders bestimmt: der

---

[10] L. 30 cit. — „Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem sive per viginti annorum curricula, sive per triginta vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocunque tempore maiore vel minore sit introducta: ea mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possunt actiones movere, i. e. opulentis quidem maritis constitutis post dissolutum matrimonium, minus autem idoneis, ex quo hoc infortunium eis illatum esse claruerit". Vgl. I §. 109 Note 7. §. 182 Note 13.

* S. namentlich Gneist formelle Vorträge S. 32—50, wo auch die frühere Literatur berücksichtigt ist. Aus der Zeit nachher: Bähr Anerkennung S. 320 fg., Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 267 fg., H. Witte Bereicherungsklagen S. 214 fg., Sintenis II §. 96 Anm. 30. III §. 133 Anm. 6.

§. 504. [1] L. 3 C. de dote cauta non numerata 5. 15, Nov. 100. Dem Manne steht zu die querela (Nov. 100) non numeratae pecuniae, non numeratae dotis (l. 14 §. 4 i. f. C. de non num. pec. 4. 30). Die in §. 372 für die querela non numeratae pecuniae angegebenen Grundsätze gelten auch hier (zu Nr. 3 das. vgl. l. 4 C. de dot. prom. 5. 11). — Die querela non numeratae dotis steht dem Manne zu nur gegenüber der Heirathsurkunde (pacta dotalia, pacta nuptialia), nicht gegenüber einem sonstigen Empfangsbekenntniß. Sowohl l. 3 C. cit., als Nov. 100, denken sich die Erklärung, daß eine Dos gegeben worden sei, als ausgehend nicht von dem Manne, sondern von dem Besteller. S. namentlich Gneist S. 42 fg. Auch unter

Mann hat dieses Recht, wenn die Ehe zwei Jahre oder weniger bestanden hat, nach Auflösung der Ehe noch ein Jahr; wenn die Ehe mehr als zwei, aber weniger als zehn Jahre bestanden hat, gar nicht mehr[2]. Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit kann der Mann auf keinen Fall länger begehren, als binnen zwölf Jahren nach Abschluß der Ehe; die Erben des minderjährigen Mannes haben Ein Jahr, Erben, welche ihrerseits minderjährig sind, fünf Jahre[2]. — Die von dem Manne nach der Errichtung der Heirathsurkunde über den Empfang der darin bezeichneten Dos ausgestellte Quittung beweist voll gegen ihn[3].

ff. Gegenansprüche*.

§. 505.

Ein Gegenanspruch steht dem Manne zu wegen nothwendiger Verwendungen[1]: dieselben mindern den Betrag der Dos[2], und

---

l. 14 C. de non num. pec. 4. 30 fällt das nicht in der Heirathsurkunde enthaltene Bekenntniß über den Empfang einer Dos nicht. Wenn l. 3 C. de dote cauta non num. nicht geradezu ein Bestandtheil der l. 14 cit. gewesen ist, so war sie doch nur um einen einzigen Monat älter: wie ist es da denkbar, daß das letztere Gesetz über den Gegenstand des ersteren eine anderweitige Bestimmung habe treffen wollen, ohne dasselbe nur zu erwähnen? Um so mehr, da in demselben ausdrücklich bestimmt ist, daß gegen eine Quittung über den Empfang einer Dos, welche nach der Heirathsurkunde ausgestellt worden sei, die exc. non num. pec. nicht stattfinden solle. — Die besonderen bei §. 372 Note 15 bemerkten Auffassungen von Bähr und Schlesinger beziehen sich auch auf die querela non numeratae dotis.

[2] Diese Vorschriften sind enthalten in Nov. 100. Vgl. dazu die bei Gneist S. 33 Note 1 Genannten.

[3] L. 14 §. 1 C. de non num. pec. 4. 30. Vgl. Glück XXV S. 254 Note 3.

* Valett theoretisch-praktische Abhandlungen Nr. 1 (1824). Glück XXVII S. 374—454; Sintenis III S. 60—62. §. 505.

[1] Ueber den Begriff s. l. 1 §. 1 — l. 4 pr. D. de impensis in res dotales factis 25. 1, l. 79 pr. D. de V. S. 50. 16; aber auch Note 5. Vgl. I §. 195 Note 2.

[2] Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt. L. 5 D. de impens. 25. 1, l. 61 D. de R. N. 23. 2, l. 4 §. 2 D. de pact. dot. 23. 4, l. 1 §. 4 l. 5 D. de dote prael. 33. 4, l. un. §. 5 C. de rei ux. act. 5. 13, §. 37 I. de act. 4. 6. Die Minderung bezieht sich aber nur auf den Gesammtbetrag der Dos, nicht auf die einzelnen Sachen, auf welche die Ver-

daher kann der Mann sie abziehen, wenn er eine Geldleistung zu machen hat[3], sonst das Herauszugebende innebehalten, bis er für sie befriedigt worden ist[4]. Dieß gilt jedoch nur von den auf die Dotalsachen selbst, nicht von den auf die Fruchtziehung gemachten Verwendungen[5], und auch von den ersteren dann nicht, wenn sie nothwendig waren, um die Sachen in einem gebrauchs- und ertragsfähigen Zustand zu erhalten[6]. Wegen nützlicher Verwendungen[7] hat der Mann zwar ein Rückforderungsrecht, kann dasselbe aber nicht als Gegenanspruch gegen den Anspruch auf Herausgabe der Dos geltend machen[8]. Wegen Verwendungen,

---

wendungen gemacht worden sind, l. 5 pr. D. de impens. 25. 1, l. 1 §. 4 D. de dote prael. 33. 4, l. 56 §. 3 D. de I. D. 23. 3. Doch gab es in der römischen Jurisprudenz auch eine ältere Auffassung, welche das Gegentheil annahm, und von dieser finden sich noch Spuren in l. 56 §. 3 cit.; vgl. auch einerseits l. 4 §. 5 D. de pec. 15. 1, andererseits l. 6. 8 D. de pec. leg. 33. 8. Consequenzen aus dem bezeichneten Satze (abgesehen von der von Justinian daraus gezogenen in Note 8): l. 5 D. de dote prael. 33. 4, l. 1 §. 5 D. de dot. coll. 37. 7, l. 5 §. 2 D. de pact. dot. 23. 4. Literatur: Glück XXVII S. 396 fg., Dernburg Compensation S. 107 fg. (2. Aufl. S. 126 fg.), M. S. Mayer Interpretatio l. 56 §. 3 D. de I. D. 23. 3 (1859), Bechmann II S. 257 fg., und was den ursprünglichen Grund des Satzes angeht: Ihering Geist des röm. R. III S. 68.

[3] L. 5 pr. D. de impens. 25. 1. „Ubi ergo admittimus, deminutionem dotis ipso iure fieri? Ubi non sunt corpora, sed pecunia; nam in pecunia ratio admittit, deminutionem fieri".

[4] Der Mann hat „retentionem". Ulp. VI. 9. 14. 15, §. 37 I. de act. 4. 6, l. 56 §. 3 D. de I. D. 23. 3.

[5] L. 16 D. de impens. 25. 1, l. 7 pr. D. sol. matr. 24. 3.

[6] L. 7 §. 16 D. sol. matr. 24. 3, l. 12 l. 15 D. de impens. 25. 1.

[7] Näher: wegen solcher Verwendungen, die, ohne nothwendig zu sein, im Interesse der Frau lagen. L. 5 §. 3 l. 6 l. 8. 10 l. 14 §. 1 D. de impens. 25. 1, l. 79 §. 1 D. de V. S. 50. 16, l. un. §. 5 C. de rei ux. act. 5. 13. Vgl. I §. 195 Note 6. 7.

[8] Ursprünglich hatte der Mann auch wegen dieser Verwendungen „retentionem". Ulp. V. 9. 16. Justinian hat, wie alle retentiones ex dote, so auch die retentio propter impensas aufgehoben, und nur wegen impensae necessariae auf Grund des Satzes, daß sie „minuunt dotis quantitatem", ein Retentionsrecht bestehen lassen. L. un. §. 5 C. de rei ux. act. 5. 13. — Ueber die Meinung, daß Justinian in diesem Gesetze nur die retentiones ex dote als solche, nicht aber die Geltendmachung von Gegenansprüchen des Mannes durch Retention, wo dieselbe nach allgemeinen Grundsätzen zulässig

welche auch nicht nützlich sind, steht dem Manne nur ein Wegnahmerecht zu[9].[10]

d. Dotalverträge*.

§. 506.

Wenn die Parteien über das Schicksal der Dos, für die Zeit während des Bestehens der Ehe oder für die Zeit nach Auflösung derselben, vertragsmäßige Bestimmungen getroffen haben, so sind, die Gültigkeit des Vertrages vorausgesetzt[1], diese, und nicht die bisher entwickelten gesetzlichen Regeln, maßgebend[2]. Die Parteien können aber nicht Alles ausmachen, was ihnen beliebt; hierfür gelten folgende Grundsätze.

1. Wer für die Frau eine Dos gibt, kann bei der Bestellung über die Dos bestimmen, was er will[3]; nach der Bestellung da-

---

sei, habe aufheben wollen, s. Dernburg Compensation S. 165—171 (2. Aufl. S. 162—167), Bechmann II S. 369—372.

[9] L. 7 pr. l. 9 l. 11 pr. l. 14 §. 2 D. de impens. 25. 1, l. un. §. 13 C. cit. Vgl. I. §. 195 Note 12.

[10] Nach älterem römischen Recht konnte der Mann auch seine Ansprüche aus einer der Frau gemachten Schenkung und aus einer von derselben begangenen Entwendung (actio rerum amotarum) als Gegenanspruch gegen den Anspruch auf Herausgabe der Dos retentionsweise geltend machen. Ulp. VI. 9. Justinian hat auch diese retentiones aufgehoben, l. un. §. 5 cit. Die von Justinian in demselben Gesetz gleichfalls aufgehobenen retentiones propter liberos und propter mores (Ulp. VI. 10—12) waren schon vorher gegenstandlos geworden (§. 510).

* Dig. 23. 4 de pactis dotalibus. Cod. 5. 14 de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis. — Glück XXV S. 330—374, Bechmann II S. 378—395. Mit Recht nennt Bechmann diese Lehre eine „dornenvolle". Auch seine eigene Darstellung wird nicht Jeden befriedigen.

[1] Vertrag zu Gunsten eines Dritten: römisches Recht, l. 45 D. sol. matr. §. 506.
24. 3, l. 7 C. h. t., l. 9. 23 D. h. t., l. 26 §. 4 l. 29 §. 2 D. l. 4 C. h. t.; heutiges Recht: §. 316 zu Note 15 fg.

[2] Wenn speciell der Geber der Dos sich den Rückfall derselben an sich selbst bedungen hat, so heißt die Dos nach Ulp. VI. 5 dos recepticia. L. 9 l. 23 D. l. 1 C. h. t., l. 29 D. sol. matr. 24. 3, l. 6 C. de I. D. 5. 12, l. un. §. 13 C. de rei ux. act. 5. 13.

[3] L. 20 §. 1 D. h. t. „Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult pacisci et ignorante muliere sicuti et stipulari potest; legem

gegen kann er ohne Consens der Frau keine derselben nachtheilige Bestimmung treffen[4]. Auch bei der Bestellung hat nicht unbedingt freie Hand der Vater oder der väterliche Ascendent, welcher eine Dos geben muß; derselbe kann: a) für den Fall, wo die Dos an die Frau fällt, nichts derselben Nachtheiliges ohne deren Consens bestimmen[5]; b) er kann nicht bestimmen, daß die Dos den Erben des Mannes bleiben solle, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst wird[6].

2. Die Frau, welche selbst eine Dos gibt, kann auch bei der Bestellung[6a] keine ihr nachtheilige Bestimmung zu Gunsten des Mannes treffen[7], mit Ausnahme der Bestimmung, daß der Mann im Falle des Vorhandenseins von Kindern die Dos be-

---

enim suae rei dicit". Das gleiche Princip gilt für den Vater und den väterlichen Ascendenten, l. 7 D. h. t.

[4] L. 7 cit. (Note 3): — „si vero post datam pacisci velit, utriusque persona in paciscendo necessaria est, quoniam iam acquisita mulieri dos tum esset". L. 20 §. 1 cit., l. 28 D. de I. D. 23. 3, l. 7 C. eod. 5. 12, l. 29 pr. D. sol. matr. 24. 3. — In l. 29 pr. i. f. D. sol. matr. 24. 3 heißt es vom Vater der Frau: „Plane si ante nuptias dotem dederit, poterit ex intervallo, ante nuptias tamen, et citra voluntatem quoque filiae stipulari". Dieß hat seinen Grund in der nach römischem Recht dem Vater zustehenden Macht, das Zustandekommen der Ehe zu verhindern (vgl. l. 5 §. 14 D. de I. D. 23. 3), und kann daher heutzutage auf gemeinrechtliche Geltung keinen Anspruch machen. Anders faßt die l. 29 pr. cit. auf Bechmann II S. 150. — L. 40 D. sol. matr. 24. 3? Bechmann II sucht die Lösung in der Annahme, diese Stelle setze einen Vater ohne väterliche Gewalt voraus. Berechtigung und erklärende Kraft dieser Annahme leuchten nicht ein. S. auch dens. I S. 159 fg.

[5] L. 19 D. h. t. (Bestimmung, daß die Dos zu einem späteren als dem gesetzlichen Termin zurückgegeben werden solle). In dieser Stelle ist ohne Zweifel statt: „*et* interveniente" zu lesen: „*aut* interveniente". L. 14—16 eod.

[6] L. 3 C. h. t. „Quamvis pater tuus, cum te nuptui collocaret, pactus sit, ut, si maritus tuus superstitibus filiis communibus in matrimonio decessisset, pars dotis liberorum nomine retineatur, eiusmodi tamen conventio, quominus actionem integrae dotis habeas, proficere non potest". L. 2 D. h. t.: — „non esse servandum pactum contra dotem, cum mariti mortalitas intervenit". L. 6 C. h. t. (zu welcher, damit sie nicht mißverstanden werde, zu vergleichen sind l. 29 pr. D. sol. matr. 24. 3, l. 6 C. de I. D. 5. 12, l. un. §. 14 C. de rei ux. act. 5. 13). S. noch l. 16 i. f. D. h. t., l. 26 pr. — §. 2 l. 12 pr. eod.

[6a] Viel weniger nach Eingehung der Ehe. L. 18 l. 29 pr. D. h. t., §. 500 Note 11.

halten solle, wenn die Ehe durch ihren Tod oder durch Scheidung aufgelöst werde[8].

3. Es kann nicht ausgemacht werden, daß der Mann die Früchte der ihm übergebenen Dos nicht beziehen solle[9], es müßte denn zugleich ausgemacht werden, daß die Frau selbst für ihren Unterhalt zu sorgen habe[10]. Wohl kann ausgemacht werden, daß der Mann die Früchte theilweise nicht beziehen solle[11]; doch fällt dieser Vertrag, wenn er während bestehender Ehe abgeschlossen wird, unter das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten[12].

4. Es kann nicht ausgemacht werden, daß der Mann keinen Gegenanspruch wegen nothwendiger Verwendungen haben[13], und daß ihm nicht die Rechtswohlthat der Lebensnothdurft zustehen solle[14]; andererseits auch nicht, daß er von der Verhaftung für Nachlässigkeit frei sein solle[15]. —

Wenn in Folge des Ehevertrages die Dos an den Mann fällt, so erwirbt er, wenn Kinder vorhanden sind, an dem Ganzen derselben nur den Nießbrauch, während er das Eigenthum mit den Kindern theilt[16].

---

[7] L. 17 D. h. t. (Bestimmung, daß die Dos später zurückgegeben werden solle). L. 14—16 eod.

[8] L. 1 §. 1 D. de dote prael. 33. 4, l. 2 D. h. t.; l. 17 i. f. D. h. t. Vgl. l. 24 D. h. t.

[9] L. 4 D. h. t. In einer solchen Bestimmung liegt ein Widerspruch gegen die Erklärung, daß der Mann eine Dos haben solle. Bei diesem Widerspruch wird die positive Erklärung aufrecht erhalten, nicht die negative. Vgl. auch Bechmann II S. 189. — Anders wenn dem Manne die Dos bloß versprochen worden ist. In diesem Falle wird ein Vertrag aufrecht erhalten, durch welchen dem Manne das Recht auf Einforderung des Kapitals ganz oder theilweise genommen wird. L. 12 §. 1 l. 20 §. 2 l. 32 §. 1 D h. t., l. 20 (vgl. l. 76) D. de I. D. 23. 3. Jedoch soll auch in diesem Falle eine freiere Interpretation zu Gunsten der Dos erlaubt sein, l. 11 D. h. t. Francke Arch. f. civ. Pr. XVII S. 465—470.

[10] L. 4 i. f. D. h. t.

[11] L. 28 l. 31 D. h. t. L. 28 cit.: — „eoque modo minorem dotem constitutam".

[12] L. 28 cit. i. f.

[13] L. 5 §. 2 D. h. t.: — „quia tales impensae dotem ipso iure minuunt". Vgl. übrigens Mayer (cit. §. 505 Note 2) p. 5 sqq. Bechmann II S. 380.

[14] S. §. 490 Note 7.

2. Von dem freien Vermögen der Frau.

§. 507.

Alles Vermögen der Frau, welches dieselbe dem Manne nicht, ausdrücklich oder stillschweigend, zur Dos gegeben hat, ist ihr freies Vermögen (Paraphernalvermögen)[1]. Der Mann hat an diesem Vermögen keine anderen Rechte, als diejenigen, welche die Frau ihm einräumen will[2]. Gibt die Frau dieses Vermögen in die Verwaltung des Mannes[3], so haftet derselbe nur für relative Sorgfalt, und die Frau hat zur Sicherheit ihrer Ansprüche gegen ihn ein gesetzliches Pfandrecht an seinem gesammten Vermögen[4].

---

[15] L. 6 D. h. t. Bechmann II S. 384.

[16] Nov. 98 c. 1, 127 c. 3.

§. 507. [1] *Παράφερνα*, parapherna. L. 8 C. de pact. conv. 5. 14. Es kommt auch die Redeweise dare in parapherna vor, l. 9 §. 3 D. de I. D. 23. 3, l. 11 C. de pact. conv. 5. 14. Ein anderer Ausdruck, welchen die Quellen gebrauchen, ist peculium. L. 9 §. 3 cit.: „quae Galli peculium appellant"; l. 31 §. 1 D. de don 39. 5. Res extra dotem constitutae: l. 95 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 29 C. de I. D. 5. 12. — In Deutschland hat man den Ausdruck bona paraphernalia zur Bezeichnung desjenigen Vermögens der Frau verwendet, welches zwar nicht Dos ist, aber nach gesetzlicher Regel des Particularrechts der Verwaltung und dem Nießbrauch des Mannes unterliegt (§. 491 Note 3); das diesen Befugnissen des Mannes durch ausdrückliche Disposition entzogene Vermögen der Frau wird dann als bona recepticia unterschieden. Glück XXV S. 273. Vgl. über einen entsprechenden römischen Sprachgebrauch Gell. N. A. XVII. 6.

[2] L. 8 C. de pact. conv. 5. 14. L. 9 §. 3 D. de I. D. 23. 3 spricht davon, daß dieses Vermögen dem Manne sogar zu Eigenthum übergeben werden könne; der Frau steht dann nach Auflösung der Ehe eine condictio sine causa zu.

[3] D. h. mit der ausdrücklichen Erklärung, daß dieses Vermögen nicht Dos sein, sondern der Mann es als freies Vermögen der Frau verwalten solle. Vgl. §. 494 Note 13.

[4] L. 11 C. de pact. conv. 5. 14. In dieser Stelle ist speciell nur von Kapitalvermögen (nomina) die Rede; aber s. I §. 232 Note 12. Die Stelle enthält noch die fernere Bestimmung, daß der Mann die Zinsen der ihm übergebenen Kapitalien zu Ehezwecken („circa se et uxorem") solle verwenden dürfen. Ich halte diese Bestimmung für in dieser Form heutzutage unanwendbar. Uebergibt die Frau dem Manne ihr Kapital- oder sonstiges Ver-

3. Von der Eheschenkung*.

§. 508.

In der nachconstantinischen Zeit war es bei den Römern Sitte, daß von Seiten des Mannes der Frau eine Gegengabe gegen die Dos[1] bestellt wurde, mit der Bestimmung, daß diese Gegengabe nach Auflösung der Ehe an die Frau unter gewissen Voraussetzungen, und namentlich für den Fall ihres Ueberlebens, ganz oder theilweise fallen solle, während zugleich ausgemacht wurde, daß unter der entgegengesetzten Voraussetzung, namentlich also im Falle des Ueberlebens des Mannes, dieser die Dos ganz oder theilweise behalten solle[2]. Nach der Bestimmung K. Leo's müssen die von Dos und Eheschenkung gegenseitig zugesicherten

---

mögen ohne weitere Bestimmung, so ist anzunehmen, daß sie ihm dasselbe zur Dos habe geben wollen (§. 494 Note 13), und der Mann bezieht dann allerdings für sich die Einkünfte dieses Vermögens, aber nicht als Verwalter. Hat die Frau aber ausdrücklich erklärt, daß der Mann nur Verwalter sein solle, so liegt m. E. ein anderer Fall vor, als der in l. 11 cit. vorausgesetzte.

* Cod. 5. 3 de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsaliciis. — Glück XXV S. 274—329 (1824). Burchardi Arch. f. civ. Pr. IX. 10 (1826). Warnkönig das. XIII. 1 (1830). v. Löhr das. XV. 20. XVI. 1 (1832. 1833). Francke das. XXVI. 4 (1843). v. Löhr das. XXX. 11 (1847). §. 508.

[1] L. 20 C. h. t.: — „quia quasi antipherna haec possunt intelligi". Und ferner: — „ut non simplices donationes intelligantur, sed propter dotem et propter nuptias factae". Daher der neulateinische Ausdruck: contrados, antidos. Die römische Bezeichnung war früher donatio ante nuptias, bis Justinian mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Bestellung einer Eheschenkung auch während bestehender Ehe (l. 19. 20 C. h. t.) die Bezeichnung donatio propter nuptias vorschrieb. L. 20 cit., §. 3 I. de don. 2. 7. — Dafür, daß eine solche Schenkung regelmäßig vorkam: l. 19 C. h. t. („*interdum* accidit, ante nuptias quidem donationem nullam esse, solam vero dotem marito mulierem obtulisse").

[2] L. 9. 10 C. de pact. conv. 5. 14, l. 19. 20 C. h. t., Nov. 22 c. 20 pr., 97 c. 1. — Uebrigens ist das im Text über die Bedeutung der donatio propter nuptias Gesagte bei Weitem nicht allgemein anerkannt. Vielmehr gehen die Meinungen hier sehr auseinander, wie das bei dem Zustande unserer Quellen, welche mehr voraussetzen, als aussprechen, nicht anders möglich ist. Vgl. die Uebersicht bei Francke S. 67 fg., dazu aber auch den zweiten Aufsatz von Löhr. Vangerow I §. 222 Anm.

Quoten gleich sein[3], nach der Bestimmung Justinian's auch Dos und Eheschenkung selbst[4]. Sind Kinder aus der Ehe vorhanden, so erhält die Frau an dem Ganzen der Eheschenkung nur Nießbrauch, wogegen sie das Eigenthum mit ihren Kindern theilt[5]. Während bestehender Ehe ist die Eheschenkung in den Händen des Mannes, nicht bloß factisch[6], sondern auch rechtlich[7]; doch darf er die unbeweglichen Sachen derselben nicht veräußern[8], und der Anspruch der Frau auf eventuelle Herausgabe ist durch eine gesetzliche Hypothek an seinem ganzen Vermögen gesichert[9]. Für den Vater des Mannes besteht eine gleiche Verpflichtung zur Bestellung einer Eheschenkung, wie für den Vater der Frau eine Verpflichtung zur Bestellung einer Dos[10]. Den besonderen Vorschriften für die Schenkung unterliegt die Eheschenkung nicht[11]. —

---

[3] L. 9. 10 C. de pact. conv. 5. 14, Nov. 22 c. 20 pr.

[4] Nov. 97 c. 1. 2.

[5] In gleicher Weise wie der Mann, wenn die Dos an ihn fällt (§. 506 Note 16). Nov. 98 c. 1, 127 c. 3.

[6] Nur wenn der Mann in Vermögensverfall geräth, kann die Frau, wie die Dos (§. 498), auch die Eheschenkung einfordern, muß aber dann ihren Ertrag zu Ehezwecken verwenden. L. 29 C. de I. D. 5. 12.

[7] A. M. Löhr XV S. 459. 460, welcher aber das beste Argument für seine Ansicht: daß die Frau nach l. 5 C. de sec. nupt. 5. 9 dem Manne die Eheschenkung als Dos zurückzugeben pflegte, nicht nennt. Wie es sich auch hiermit verhalten mag, so wird der im Text aufgestellte Satz unwiderleglich durch Nov. 61 bewiesen, welche das Verbot der Veräußerung von Dotalgrundstücken auf die Eheschenkung ausgedehnt hat.

[8] Nov. 61. Durch die Zustimmung der Frau wird die Veräußerung nur dann gültig, wenn dieselbe nach zwei Jahren wiederholt wird, und es zugleich an anderweitigem Vermögen des Mannes zur Befriedigung der Frau nicht fehlt. Nov. 61 c. 1 §. 2. 3.

[9] L. 12 §. 2 C. qui pot. 8. 18, Nov. 109 c. 1. Vgl. I §. 232 Note 13. — Die Frau hat auch, wie bei der Dos, neben der actio hypothecaria eine utilis rei vindicatio. Nov. 61 c. 1 §. 1 und Auth. Permissa est zu l. 20 C. h. t.

[10] L. 7 C. de dot. prom. 5. 11.

[11] Nov. 119 c. 1. „Sponsaliçiam largitatem contractum specialem esse et iudicari, et non aliis donationibus eam connummerari, per praesentem sancimus legem: quoniam pro ea aequalitas dotis offertur". Im Besonderen: die Eheschenkung kann auch während bestehender Ehe gemacht werden, l. 19. 20 C. h. t., §. 3 I. de don. 2. 7; ihre Gültigkeit hängt bei keinem Betrage von der Insinuation ab, Nov. 119 c. 1 vgl. Nov. 127 c. 2.

In Deutschland ist der Satz, daß der Dos nothwendigerweise eine an Größe gleiche Eheschenkung entsprechen müsse, nicht praktisch geworden; damit fällt auch die Verpflichtung des Vaters zur Bestellung einer Eheschenkung weg[12]. Im Uebrigen kommt es auch heutzutage vor, daß von Seiten des Mannes der Frau etwas als Gegengabe gegen das von ihr Zugebrachte für den Fall ihres Ueberlebens ausgesetzt wird[13], und es ist kein Grund vorhanden, warum nicht auf eine solche Aussetzung, wenn Vertrag oder Particularrecht nicht entgegenstehen, die Grundsätze des römischen Rechts von der Eheschenkung angewendet werden sollten[14].

4. Von den Schenkungen zwischen Ehegatten*.

§. 509.

Ehegatten können sich einander nicht gültig schenken[1].

1. Ungültig ist nur die eigentliche Schenkung, und nur die Schenkung im engeren Sinn (§. 365); d. h. nur diejenige Zu-

---

[12] Seuff. Arch. XII. 275.

[13] Es ist dieß ein so nahe liegender Gedanke, daß es ihm ganz an Verwirklichung zu keiner Zeit und an keinem Orte fehlen wird. In Deutschland finden sich für solche Aussetzungen die Ausdrücke: Widerlage, Gegengeld, Gegengift, Gegenvermächtniß, Contrados.

[14] Glück XXV S. 308 fg., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 393. Die herrschende Meinung betrachtet die römische Lehre von der donatio propter nuptias einfach als unanwendbar. So auch Sintenis §. 132 Anm. 3. Canonisches Recht: c. 5. 6. 8 X. de don. i. v. e. u. 4. 20, c. 15 X. de foro comp. 2. 2. Glück S. 311. Ortloff, Heimbach u. Vermehren jur. Abhandlungen II S. 3 fg. — Unter den Particularrechten geht am Weitesten in der Anerkennung des römischen Rechtes das Bayer. Landr. I. 6 §. 14.

* Dig. 24. 1 de donationibus inter virum et uxorem. Cod. 5. 16 de donationibus inter virum et uxorem *cet.* — Glück XXV S. 422 fg. XXVI S. 1 fg. Savigny System IV §. 162—164. v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XVI. 9. Francke das. XVIII S. 1—7. Sintenis III §. 135. §. 509.

[1] Diesen Satz führen die Römer auf Gewohnheitsrecht zurück. „Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent“. L. 1 D. h. t. Als Grund wird angegeben: Schutz gegen eigene Schwäche und gegen habsüchtige Ausbeutung von Seiten des Andern, auch Rücksicht auf den Ruf der Ehegatten („ne concordia pretio conciliari videretur“). L. 1—l. 3 pr. D. h. t. Ueber die Zeit der Entstehung dieses

wendung, welche, wie einerseits eine Vermehrung des Vermögens des Empfängers, so andererseits eine Verminderung des Vermögens des Gebers enthält[2]. Daher liegt namentlich[3] keine ungültige Schenkung: in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, wenn auch nur einer natürlichen[4], und daher im Besonderen nicht in der Bestreitung der Bedürfnisse der Frau durch den Mann[5]; in der Hingabe zu einer Verwendung, durch welche die durch die Hingabe bewirkte Vermögensvermehrung wieder aufgehoben wird[6]; in dem Verzicht auf einen Erwerb[7]. Auch die

---

Rechtssatzes vgl. Francke a. a. O. S. 1 fg., Bechmann Dotalrecht II S 333—334.

[2] L. 5 §. 8. D. h. t. — „Hoc autem ex eo venit, quod definiri solet, eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem, et accipientem facit locupletiorem". L. 25 eod.: — „nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit". L. 5 §. 16 eod. — Auf den Inhalt der Vermögenszuwendung kommt es, mit den zu Note 8 und 9 bezeichneten Ausnahmen, hier so wenig an, wie bei der Schenkung überhaupt, obgleich der Hauptfall natürlich auch hier der ist, wo durch Eigenthumsverschaffung geschenkt wird. Aber s. z. B. l. 3 §. 10 l. 52 §. 1 D. h. t. (Verschaffung eines Forderungsrechtes); l. 3 §. 10 l. 5 §. 1 l. 31 §. 4. 5 l. 32 §. 26 D. h. t. (Erlaß einer Schuld); l. 46 D. h. t. (Verschaffung des bloßen Besitzes, vgl. §. 365 Note 9); l. 31 §. 10 D. h. t. (Erhaltung einer Sache vgl. Note 9). Ferner ist es auch hier gleichgültig, ob die Schenkung eine mittelbare oder eine unmittelbare ist (§. 365 Note 15—17). S. z. B. l. 5 §. 6 D. h. t. (Nichtunterbrechung einer Verjährung, vgl. l. 44 D. h. t. und dazu §. 365 Note 5 und 15); l. 5 §. 7 D. h. t. (Nichtgebrauch einer Einrede); l. 3 §. 9 12. 13 l. 4 l. 5 §. 2. 3. 4 l. 7 §. 7 l. 39 l. 50 pr. l. 56 D. h. t., l. 5 pr. l. 11 §. 2. 6. 7. 8 eod. (Schenkung durch einen Andern oder in der Person eines Andern). Schenkung unter der Hülle eines lästigen Geschäfts: l. 5 §. 5 l. 7 §. 6 l. 32 §. 25 D. l. 20 C. h. t., l. 32 §. 24 D. h. t.; l. 5 §. 5 l. 31 §. 3 l. 32 §. 26 D. h. t., l. 7 §. 5 eod.; l. 52 pr. eod.

[3] Vgl. §. 365 Note 3.

[4] Vgl. §. 288 Note 8, §. 289 Note 4. 5. 10

[5] „Non enim donat, qui necessariis oneribus succurrit", l. 21 pr. § 1 D. h. t. L. 28 §. 6. 7 l. 31 §. 8 D. l. 11 C. h. t., vgl. l. 15 pr. D. eod., l. 33 eod. Vgl. Seuff. Arch. XII. 167.

[6] L. 49 D. h. t., l. 5 §. 9 D. de I. D. 23. 3. (Schenkung mit der Auflage des Weitergebens); l. 7 §. 8. 9 l. 8 l. 9 pr. D. l. 22 C. h. t. (Schenkung eines Sclaven mit der Auflage der Freilassung); l. 5 §. 8—12 D. h. t. (Schenkung mit der Bestimmung, daß das Geschenkte res divini iuris oder res publica werden solle); l. 7 §. 1 D. h. t. (Schenkung zum Zweck des An-

Schenkung im engeren Sinne ist nicht ungültig, wenn sie nur in der Gestattung des Gebrauchs von Sachen oder Diensten besteht, wie sie die Folge des ehelichen Zusammenlebens ist[8], oder nur in der Ersparung einer Ausgabe[9]. Ferner sind gültig: die herkömmlichen Gelegenheitsgeschenke[10]; die Schenkung der Frau an den Mann, um ihm die Erlangung einer Ehrenstelle oder einer sonstigen Auszeichnung zu ermöglichen[11]; die Schenkung zum Zweck des Wiederaufbaues eines Gebäudes[12]; die Schenkung zwischen dem Landesherrn und seiner Gemahlin[13].

2. Ungültig ist die Schenkung zwischen Ehegatten, d. h. diejenige Schenkung, welche zwischen Ehegatten wirksam werden soll; daher weder die Schenkung vor der Ehe[14], wenn nicht ihre Wirk-

---

kaufes einer zum Verzehren bestimmten Sache, einer „res mortua", vgl. l. 31 §. 9 D. h. t.). Anders, wenn der Zweck, zu welchem geschenkt worden ist die Bereicherung des Empfängers nicht aufhebt, l. 13 §. 2 D. h. t., l. 59 eod. (die Dos fällt an die Frau zurück).

[7] L. 5 §. 13. 14 l. 31 §. 7 D. h. t. Ueber den Fall des Verzichtes auf die Nutzung eines Vermögensstückes s. §. 365 Note 6 und die daselbst citirten Stellen.

[8] L. 28 §. 2 D. h. t. „Si quas servi operas viri uxori praestiterint, vel contra, magis placuit, nullam habendam earum rationem. Et sane non amare, nec tamquam inter infestos ius prohibitae donationis tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu et solam inopiam timentes". L. 18 l. 31 §. 1 D. h. t. Allerdings liegt in einer solchen Gestattung nicht ohne Weiteres eine Schenkung (§. 365 Note 2); aber s. l. 31 §. 1 cit. (Note 23). Der gewährte Gebrauch kann jedoch gegen die von dem Gebrauchenden aufgewendeten Erhaltungskosten aufgerechnet werden, l. 31 §. 10 l. 58 §. 1 D. h. t.

[9] L. 5 §. 8 D. h. t. (§. 365 Note 14). Vgl. l. 5 §. 17 eod. Ueber l. 31 §. 10 und l. 50 §. 1 D. h. t. s. §. 365 Note 14.

[10] Vorausgesetzt natürlich, daß sich unter ihnen nicht eine anderweitige Schenkung versteckt. L. 31 §. 8 D. h. t.

[11] L. 40—42 D. h. t. Insofern hier das Hingegebene zum Wiederweggeben gegeben wird, ist schon deßwegen die Zuwendung gültig, und diesen Gesichtspunkt hebt l. 21 C. h. t. hervor, vgl. auch l. 5 §. 17 D. h. t. Aber es ist nach l. 40—42 citt. nicht zu bezweifeln, daß die Schenkung durch den gedachten Zweck auch dann gültig gemacht wird, wenn zum Behalten gegeben worden ist. Vgl. Savigny S. 179. Die heutige Anwendbarkeit des Satzes leugnet das Erkenntniß bei Seuff. Arch. XVII. 251.

[12] L. 14 D. h. t.

[13] L. 26 C. h. t. — S. noch §. 502 Note 7, §. 508 Note 11.

samkeit auf die Zeit der Ehe hinausgeschoben wird[15], noch die Schenkung nach der Ehe[16], noch auch die Schenkung während der Ehe in dem Falle, wo ihre Wirksamkeit auf die Zeit nach der Ehe hinausgeschoben wird[17]. — Ungültigkeit der Ehe schließt zwar an und für sich die Ungültigkeit der Schenkung aus[18], nicht aber unbedingt das Rückforderungsrecht des Schenkers[19]. — In gleicher Weise, wie die Schenkung zwischen den Ehegatten selbst, ist auch die Schenkung zwischen dem Vater des Mannes, welcher den Mann in der Gewalt hat, und der Frau, und, wenn man annehmen will, daß auch heutzutage noch eine verheirathete Frau unter Gewalt stehen könne, zwischen dem Vater der Frau, welcher die Frau in der Gewalt hat, und dem Manne, sowie zwischen den

---

[14] L. 5 pr. l. 27 l. 36 §. 1 l. 66 D. h. t., l. 23 C. eod.

[15] L. 32 §. 22 D. h. t.

[16] L. 35 C. h. t. Schenkung zwischen zwei Ehen: l. 64 D. h. t.

[17] Daher ist namentlich gültig die Schenkung auf Todesfall, „quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt". L. 9 §. 2 l. 10 D. h. t. Der Beschenkte wird aber erst Eigenthümer mit dem Tode des Schenkenden, auch wenn die Absicht des Schenkenden auf sofortige Eigenthumsverschaffung gerichtet war (§. 369 Note 3); nur hat in diesem letzteren Fall der Tod des Schenkenden rückwirkende Kraft, l. 11 pr. — §. 9 l. 20 D. h. t., l. 40 D. de m. c. don. 39. 6. Durch die Scheidung verliert die Schenkung auf Todesfall ihren Bestand, l. 11 §. 10 eod. — Ferner ist gültig die Schenkung auf den Fall der Scheidung, „quae tamen sub ipso divortii tempore, non quae ex cogitatione quandoque futuri divortii fiant". L. 11 §. 11 — l. 13 pr. l. 60—62 pr. D. h. t. Unter demselben Gesichtspunkt (vgl. l. 5 §. 1 de bon. damn. 48. 20, l. 1 C. de repud. 5. 17) wird in den Quellen auch die Schenkung deportationis oder exilii causa für gültig erklärt, l. 13 §. 1 l. 43 D. h. t.

[18] L. 3 §. 1 D. h. t. — „si aliquod . . impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit". L. 7 C. h. t.: — „licet ipso iure donatio tenuerit".

[19] Man unterscheide: a) wenn der Schenker die Ehe irrigerweise für gültig gehalten hat, so kann er zurückfordern wegen Ermangelung der Voraussetzung, unter welcher er geschenkt hat, l. 32 §. 27 D. h. t. (vgl. Windscheid Voraussetzung S. 109 fg.). b) Hat der Schenker die Ungültigkeit der Ehe gekannt, so kann er in dem Falle zurückfordern (vgl. l. 65 D. h. t), wo der Ehe ein eigentliches Eheverbot entgegensteht, und den Empfänger, nicht aber ihn selbst, in Betreff der Verletzung desselben ein Vorwurf trifft, — „ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt", l. 3 §. 1 D. h. t., l. 7 C. eod. (vgl. l. 108 D. de leg. I° 30). c) Trifft auch den Schenkenden

beiderseitigen Vätern, welche Mann und Frau in der Gewalt haben, ungültig[20].

3. Die Ungültigkeit der Schenkung zwischen Ehegatten ist Nichtigkeit[21], und zwar auch in dem Falle, wo die Schenkung durch das Geben oder Empfangen einer dritten Person vollzogen wird[22]. Nur dann wenn die Schenkung durch Nichtverhinderung eines Erwerbes bewirkt wird, tritt der Erwerb wirklich ein, und der Beschenkte haftet bloß obligatorisch auf Herausgabe des Geschenkten[23]. Auch dann findet obligatorische Verhaftung statt,

---

ein Vorwurf, so steht das Rückforderungsrecht dem Fiscus zu, l. 32 §. 28 D. h. t.

[20] Das römische Recht stellt den Satz auf, daß für die Schenkungen zwischen Ehegatten mit den Ehegatten als Eine Person gerechnet werden soll, wer einen Ehegatten in seiner Gewalt hat, oder in dessen Gewalt steht, oder mit demselben in der Gewalt der nämlichen dritten Person steht. Ein kürzerer Ausdruck für diesen Satz ist: es soll nicht aus der familia des einen Ehegatten in die familia des andern geschenkt werden. L. 3 §. 2—8 l. 26 §. 1 l. 32 §. 16. 19. 20. 21 l. 53 pr. l. 60 pr. D. h. t., l. 4. 5 C. h. t. Was die Anwendbarkeit dieses Satzes im heutigen Recht angeht, so kommt, auch abgesehen von der Frage, ob heutzutage eine verheirathete Frau noch unter Gewalt stehen kann (s. darüber §. 525 Note 20 Nr. 3), in Betracht, daß bereits nach Justinianischem Recht die Schenkung an den Sohn des Mannes, der in dessen Gewalt steht, so wie an den Bruder des Mannes, welcher mit ihm unter der Gewalt derselben Person steht (bez. an den Bruder der Frau unter der gleichen Voraussetzung) nicht mehr ungültig ist; denn das Geschenkte wird peculium adventicium, und das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten bewirkt nur, daß der Vater auch den sonst an dem pec. adventicium ihm zustehenden Nießbrauch nicht erwirbt. Vgl. Savigny S. 171. 172, Sintenis III S. 68.

[21] L. 3 §. 10. 11 l. 5 §. 1. 18 l. 3 pr. §. 2 l. 36 pr. l. 38 §. 1 l. 48 l. 52 §. 1 D. h. t., vgl. l. 31 §. 3 eod.

[22] L. 3 §. 12. 13 l. 4 l. 5 §. 3. 4 l. 39 l. 56 D. h. t. Vgl. §. 367 Note 8, auch I §. 172 Note 16.

[23] L. 5 §. 6. 7 D. h. t. — Zu dem im Text genannten Fall ist jedoch noch der der Verarbeitung einer eigenen Sache zu Gunsten des andern Ehegatten mit Arbeitskräften, welche diesem gehören, hinzuzufügen; auch in diesem Fall soll der beschenkte Ehegatte Eigenthümer werden, und nur obligatorisch auf Herausgabe des Werthes der verarbeiteten Sache haften — während, wenn die Verarbeitung mit den eigenen Arbeitskräften des Specificanten erfolgt, der Regel gemäß gar kein Eigenthumserwerb für den Beschenkten eintritt. L. 31 pr. §. 1 D. h. t. — Die römische Form des obligatorischen

wenn die Schenkung in dem Bewirken einer bloßen Thatsache besteht[24], in welchem Falle natürlich von Nichtigkeit keine Rede sein kann[25]. — Hat der Beschenkte das Geschenkte nicht mehr, so haftet er nur auf dasjenige, worum sein Vermögen durch dasselbe indirect noch jetzt vermehrt ist[26]. — Die von dem Geschenkten gezogenen Früchte brauchen nicht mit herausgegeben zu werden[27], wohl dagegen der sonst auf Grund des Geschenkten gemachte Erwerb[28].

4. Die Ungültigkeit der Schenkung zwischen Ehegatten wird dadurch gehoben[29], daß der Schenker stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben[30]; die Schenkuug gilt dann als im Augen-

---

Anspruchs ist condictio sine causa, s. l. 5 §. 6. 7 citt., l. 6 D. h. t., l. un. C. de rei ux. act. 5. 13, und vgl. §. 423 Note 1.

[24] Wie z. B. in der Verschaffung des Besitzes, in der Erhaltung oder Werthsteigerung einer Sache. L. 46 l. 31 §. 10 D. h. t., vgl. §. 421 Note 4.

[25] — „quoniam res facti infirmari iure civili non potest", l. 1 §. 4 D. de acq. poss. 41. 2.

[26] L. 28 pr. §. 3 l. 57 i. f. D. h. t.; l. 5 §. 17. 18 l. 6 l. 7 pr. l. 31 §. 9 D. l. 8. 17 C. h. t.; l. 16 D. h. t.; l. 7 §. 3. 4 l. 28 §. 3. 4 l. 29 pr. l. 50 §. 1 l. 55 l. 58 §. 2 D. l. 9 C. h. t., vgl. l. 67 D. h. t.; l. 29 §. 1 l. 30 D. h. t. Darüber, daß für das „Consumirte" kein Ersatz gegeben zu werden brauche, enthielt der unter der folgenden Nummer zu nennende Senatsschluß eine ausdrückliche Bestimmung, l. 32 §. 9 D. h. t., und es scheint, daß erst durch diese Bestimmung jener Satz zur Anerkennung gelangt ist, s. l. 37 D. h. t., l. 14 D. ad exh. 10. 4. Vgl. Savigny S. 63—69. Haben die Ehegatten gegenseitig geschenkt, so tritt im Fall der Scheidung Compensation des Verzehrten mit dem Vorhandenen ein. L. 7 §. 2 l. 32 §. 9 D. h. t. — Die Klage auf die zurückgebliebene Bereicherung ist ebenfalls eine condictio. Zuweilen wird aber auch eine utilis rei vindicatio gegeben: l. 55 l. 30 D. h. t., l. 1 §. 5 C. de rei ux. act. 5. 13, vgl. I §. 174 Note 9.

[27] L. 15 §. 1 l. 16 l. 17 pr. D. h. t. Es ist dieß eine Milderung ähnlicher Art, wie die, daß Ersparung einer Ausgabe nicht als Schenkung gelten soll (Note 9). Vgl. §. 365 Note 6.

[28] Die Quellen nennen partus ancillae und Sclavenerwerb, l. 28 §. 5 l. 17 §. 1 D. h. t. Auch der durch Ersitzung der geschenkten fremden Sache gemachte Eigenthumserwerb gehört hierher, vgl. l. 13 D. de m. c. don. 39. 6.

[29] Nach einem Senatsschluß aus der Regierung der Kaiser Severus und Caracalla, 206 n. Chr. L. 32 pr. D. h. t., l. 23 eod., l. 3. 10 C. h. t.

blicke des Todes wiederholt, und demnach für die Zeit nach dem Tode gemacht[31]. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß weder Scheidung eingetreten[32], noch der Beschenkte vor dem Schenker gestorben sei[33]. Die Heilung der Ungültigkeit hat rückwirkende Kraft[34].[35]

---

[30] Welcher Widerruf aber kein ausdrücklicher zu sein braucht. L. 32 §. 2. 3. 4. 5. 15 D. h. t., l. 12. 15. 18 C. h. t.

[31] L. 32 §. 1 vgl. §. 7. 8 D. h. t.

[32] Es ist nicht anzunehmen, daß der Schenkungswille die Scheidung überdauere, wenn dieß nicht ausdrücklich erklärt worden ist. L. 32 §. 10—13 vgl. §. 19. 20 D. h. t., l. 18 C. eod.

[33] Es ist ebensowenig anzunehmen, daß der Schenkungswille sich auf die Erben des Beschenkten erstrecke. L. 32 §. 10. 14 vgl. §. 16—18 D. h. t., l. 6. 18 C. h. t. Gleichzeitiger Tod des Ehegatten: l. 32 §. 14 D. h. t., l. 8 D. de reb. dub. 34. 5, l. 26 D. de m. c. don. 39. 6 (vgl. §. 369 Note 1).

[34] Nach dem Recht der Bestätigung (I. §. 83 Note 10). L. 25 C. h. t.

[35] Es ist eine alte Streitfrage, ob die Senatsvorschrift sich auf alle Schenkungen beziehe, oder nur auf vollzogene, so daß also das bloße Schenkungsversprechen durch den Tod des Schenkers nicht gültig werde. Für die erste Meinung, welche auch hier vertreten wird, haben sich von Neueren ausgesprochen: v. Löhr a. a. O. S. 233 fg., Puchta Rhein. Mus. VI S. 372 fg. (kl. civil. Schriften S. 332 fg.), Savigny S. 183 fg., Heimbach im RLex. IX S. 695 fg., Schütze Jahrb. d. gem. R. III S. 442 fg., Sintenis Anm. 41, Buchka u. Budde Entscheid. d. OAG. zu Rostock II S. 238 fg. (Seuff. Arch. XII. 41); für die zweite Glück XXVI S. 104 fg., Wächter Arch. f. civ. Pr XVI S. 107 fg., Francke das. XVIII S. 7 Note 20, Vangerow I §. 225 Anm. 2, Seuff. Arch. XVIII. 260. Für die erste Meinung darf man sich zwar billigerweise nicht, wie geschehen ist, auf l. 2 C. de dote cauta 5. 15 berufen, wo der Sinn des adscribere zweifelhaft bleibt; dagegen sprechen für dieselbe l. 32 §. 1 D. h. t. („ad omnes donationes“, „et obligatio sit civilis“), l. 32 §. 23—26 eod. („universae donationes“, Gesellschafts- oder Kaufvertrag donationis causa), l. 33 pr. §. 2 eod. (stipulatio annui), in einer Weise, welche nach meiner Ansicht bisher noch nicht widerlegt worden ist. (Man sagt: die obligatio civilis der l. 32 §. 1 cit. sei eine cedirte Obligation; aber wie konnte Ulpian sich so allgemein ausdrücken, wenn er so Beschränktes meinte? Man sagt in Betreff der l. 33 cit.: bei der stipulatio annui sei es insofern anders, als in der ein- oder mehrmaligen Zahlung des Jahrgeldes bereits eine Vollziehung der Schenkung liege; aber die Worte „id ex stipulatu petere non potest“ weisen darauf hin, daß der Jurist annimmt, es sei während der Ehe noch gar nichts von dem Jahrgeld gezahlt worden.) Für die verworfene Meinung enthält ein sehr schwaches Argument der von dem Senatsschluß gebrauchte Ausdruck

5. Was den Beweis der Schenkung zwischen Ehegatten angeht, so gilt die Präsumtion, daß die Frau von dem Manne erhalten habe, wovon anderweitiger Erwerb nicht feststeht[36].

5. Ehescheidungsstrafen*.

§. 510.

Bei der Ehescheidung treffen den schuldigen Theil zu Gunsten des unschuldigen gewisse Vermögensstrafen[1]. Die Frau

---

eripere (l. 32 §. 2 D. h. t.); auch der Vellejanische Senatsschluß sprach nur von einzelnen Fällen. Dagegen hat sie eine schwer zu beseitigende Stütze in l. 23 D. h. t. „Papinianus recte putabat, orationem D. Severi ad rerum donationes pertinere; denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit". Von den verschiedenen Versuchen, welche gemacht worden sind, um diese Stelle zu beseitigen, hat m. E. keiner einen Anspruch auf allgemeinen Beifall. Aber auch den Widerspruch der l. 23 cit. gegen die übrigen Quellenentscheidungen zugegeben — und soweit wir bis jetzt sehen können, wird, wie ich glaube, dieses Zugeständniß, trotzdem daß die l. 23 den gleichen Verfasser hat, wie die übrigen Stellen, nicht verweigert werden dürfen — scheint es mir nicht zweifelhaft, daß nicht sie es ist, in welcher der eigentliche Gedanke der Compilation gefunden werden darf; der Zug des römischen Rechtes geht nicht auf Begünstigung, sondern auf Beschränkung des Verbotes der Schenkung zwischen Ehegatten (Note 2. 8. 9. 26. 27). Einen Streit über die hier besprochene Frage fand auch Justinian vor, und entschied ihn in Nov. 162 für die hier vertheidigte Meinung; aber diese Novelle ist nicht glossirt.

[36] S. g. praesumtio Muciana. L. 51 D. l. 6 C. h. t. Vgl. Glück XXVI S. 210 fg., Sintenis Anm. 36. 37, Tenge Arch. f. civ. Pr. XLV. 13. Seuff. Arch. II. 302, IX. 298, XI. 250. 316.

§. 510. * Glück XXVII S. 3—108 (1825). Strippelmann das Ehescheidungsrecht S. 307—321 (1854). Ortloff in Ortloff, Heimbach u. Vermehren juristische Abhandlungen II. 1 (1857). Sintenis III §. 136. — Geschichtliches: Wächter über Ehescheidungen bei den Römern S. 165 fg. 205 fg., Hasse Güterrecht der Ehegatten S. 180 fg., Zimmern Gesch. d. röm. Privatr. I. 2 §. 168. 171, Bechmann röm. Dotalrecht I S. 87 fg.

[1] Dieselben beruhen auf l. 8. 11 C. de repud. 5. 17, Nov. 22 c. 15. 16, 117 c. 8. 9; c. 4 X. de don. i. v. e. u. 4. 20. Die römischen Gesetze setzen Privatscheidung voraus; daß heutzutage die Scheidung durch richterliches Urtheil erfolgt, thut der Anwendbarkeit ihrer Bestimmungen keinen Eintrag. S. auch c. 4 cit. Es ist jedoch nicht unbestritten, ob die römischen Strafen heutzutage in allen Fällen Platz greifen, in welchen die Ehe wegen der Verschuldung eines Ehegatten geschieden wird; es findet sich die Behauptung, daß

verliert[2] an den Mann die Dos[3], oder wenn keine Dos bestellt ist, den vierten Theil ihres Vermögens, jedoch nicht über 100 Pfund Goldes[4]. Der Mann verliert an die Frau die Eheschenkung, oder was er der Frau sonst nach Vertrag oder gesetzlicher Regel des Patricularrechtes für den Fall der Auflösung der Ehe durch seinen Tod herauszugeben hat[5]; in Ermangelung von Eheschenkung oder sonstiger Herausgabe ebenfalls den vierten Theil seines Vermögens, mit der zuvor bezeichneten Maßgabe[6]. Im Fall des Ehebruches der Frau, oder wenn der Mann eine Beischläferin in der gemeinschaftlichen Wohnung oder auch nur am gemeinschaftlichen Wohnort gehalten, oder wenn er die Frau fälschlich des Ehebruches angeklagt hat, wird die Strafe um ein Drittel erhöht[7]. Was aber in dieser Weise an den unschuldigen Theil fällt, erwirbt derselbe, wenn Kinder aus der Ehe vorhan-

---

sie auf den Fall des Ehebruches, oder auf den Fall des Ehebruches und die demselben gleichgestellten Fälle, zu beschränken seien. Vgl. Glück S. 30 fg., Strippelmann S. 316 fg., Ortloff S. 19. 29 fg., Sintenis Anm. 2 Nr. III, Holzschuher I §. 64 Note 34, Seuff. Arch. XVII. 253. S. noch Seuff. Arch. VI. 312, VII. 326 (Glück S. 36 fg., Strippelmann S. 312 fg.). — Die gleichen Nachtheile, wie dem schuldigen Theil, drohte das römische Recht demjenigen, welcher sich ohne gesetzlich anerkannten Scheidungsgrund scheide. Eine solche Scheidung kann heutzutage nicht mehr vorkommen.

[2] Man hat mit Unrecht behauptet, daß dieß für den Fall des Ehebruches durch Nov. 134 c. 10 aufgehoben worden sei. Glück S. 14 fg.

[3] Vorausgesetzt daß dieselbe nicht nach vertragsmäßiger Bestimmung an den Geber zurückfällt. L. 24 C. de I. D. 5. 12. In Betreff der dos profecticia s. Glück S. 42 fg. — Daß die Dos bloß versprochen ist, schließt den Verlust derselben nicht aus. Ortloff S. 70 fg., Seuff. Arch. I. 74.

[4] L. 11 §. 1 C. de repud. 5. 17.

[5] Ortloff S. 18. 37 fg. Vgl. Seuff. Arch. III. 332, XI. 246.

[6] L. 11 §. 1 cit.

[7] Nov. 117 c. 8 §. 2, c. 9 §. 4. 5. Die heutige Geltung dieser Steigerung ist nicht unbestritten. Ortloff S. 36 Note 1. Gegen die Geltung: Seuff. Arch. XVIII. 259. — Nov. 117 c. 8 und Nov. 134 c. 10 enthalten noch weitere Bestimmungen über die Strafe des Ehebruches: Klostereinsperrung für die Ehefrau, Todesstrafe für den Mann, welcher mit ihr die Ehe bricht (vgl. l. 30 §. 1 C. ad leg. Iul. de adult. 9. 9, §. 4 I. de publ. iud. 4. 18), Verlust des ganzen Vermögens (zu Gunsten der Verwandten, des Klosters, des Fiscus) für Beide. Diese Bestimmungen sind heutzutage, jedenfalls was die öffentlichen Strafen angeht, unanwendbar. Heffter Strafr. §. 445, Sintenis Anm. 2 Nr. I.

den sind, nur zu Nießbrauch, während das Eigenthum auf die Kinder übergeht[8]. — Die Einforderung dieser Strafen wird gewöhnlich mit dem Antrag auf Scheidung verbunden; sie kann aber auch nach der Scheidung geschehen[9]. Auf die Erben gehen die Strafen weder activ noch passiv über[10], nur mit der Ausnahme, daß, wenn der Berechtigte nach erfolgter Scheidung stirbt, seine Erben nicht herauszugeben brauchen, was sie bereits in Händen haben[11]. — Durch Vertrag können diese Strafen weder gemindert, noch erhöht werden[12].

6. Nachtheile der Wiederverheirathung*.

§. 511.

Wiederverheirathung nach aufgelöster Ehe hat für den Sichwiederverheirathenden Nachtheile dann zur Folge, wenn er aus der früheren Ehe Kinder hat[1].

---

[8] L. 8 §. 7 l. 11 §. 1 i. f. C. de repud. 5. 17, Nov. 98 c. 2, 117 c. 8. 9. Bezieht sich nicht auch auf diesen Fall die Vorschrift der Nov. 127 c. 3 (§. 506 Note 16, §. 508 Note 5)? Diese Frage wird bejahend beantwortet von Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 104 fg. Vgl. Seuff. Arch. XIV. 277.

[9] Strippelmann S. 322, Ortloff S. 74; Seuff Arch. XVIII. 259. Binnen welcher Frist? Vgl. Ortloff a. a. O.

[10] Auf die Erben des Schuldigen nicht, weil sie eben Strafen sind (§. 359 Nr. 1); auf die Erben des Unschuldigen nicht, weil der Gesichtspunkt, auf welchem sie beruhen, der einer dem Unschuldigen zu verschaffenden Genugthuung ist (§. 359 Nr. 2). Die Ansichten sind hier übrigens verschieden. Vgl. §. 359 Note 10 und Glück S. 71 fg., Ortloff S. 76 fg., Sintenis Anm. 3 Nr. IX. Seuff. Arch. X. 57.

[11] C. 4 X. de don. i. v. e. u. 4. 20. Ortloff S. 76. 77.

[12] L. 5 pr. D. de pact. dot. 23. 4, l. 19 D. de V. O. 45. 1.

§. 511. * Cod. 5. 9 de secundis nuptiis. Nov. 22 c. 20—48. — Glück XXIV S. 98 fg. (1823). Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 23 (1832). v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XVI S. 31 fg. (1833, aber vor dem Aufsatz von Marezoll geschrieben). Geiger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. 7 (1844). Zimmern Gesch. d. röm. Privatr. I. 2 §. 177. 178. Sintenis III S. 80—84, Vangerow I §. 227 Anm. 1.

[1] Diese Nachtheile sind von den christlichen römischen Kaisern im Interesse der Kinder der früheren Ehe eingeführt worden. Daher ist der gewöhnlich für sie gebrauchte Ausdruck: poenae secundarum nuptiarum, ob-

1. Er verliert an diese Kinder das Eigenthum an Allem, was er aus dem Vermögen des früheren Ehegatten in seiner Eigenschaft als Ehegatte erworben hat (Ehegewinn)[2], und behält daran nur den Nießbrauch[3]. Keinen Theil bekommen diejenigen Kinder, welche sich eines Enterbungsgrundes gegen ihn schuldig gemacht haben[4]; Enkel treten an die Stelle ihrer verstorbenen Aeltern[5]. Veräußerungen des Ehegewinnes sind nicht bloß nichtig, wenn sie nach Eingehung der zweiten Ehe vorgenommen werden, sondern es werden auch früher vorgenommene durch das Eingehen einer zweiten Ehe nichtig. Soweit der Vater durch

gleich er Anhalt in den Quellen hat (Nov. 2 c. 2 §. 1. c. 3, Nov. 22 c. 23), wenig passend. — Man pflegt unter den Nachtheilen der zweiten Ehe auch aufzuführen, daß der Sichwiederverheirathende das ihm unter der Bedingung der Nichtwiederverheirathung letztwillig Hinterlassene verliert, obgleich es doch auf der Hand liegt, daß hier der Grund des Verlustes nicht in der zweiten Ehe, sondern in der Beschränkung der Zuwendung liegt. Nähere Bestimmungen über diesen Fall gibt Nov. 22 c. 44, vgl. c. 43 eod., l. 2. 3 C. de indicta viduitate 6. 40. Glück S. 169 fg.

[2] Lucrum nuptiale. Ueber den Begriff s. Nov. 22 c. 23. 30. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 93 fg. Seuff. Arch. XI. 249. Anwendung auf deutschrechtliche Verhältnisse: Glück S. 160, Marezoll a. a. O. S. 95, Geiger S. 231 fg.

[3] Nov. 22 c. 23—26; vgl. l. 3 pr. l. 5 pr. §. 1 C. h. t., Nov. 2 c. 1. 2. Diese Bestimmung hat übrigens durch die spätere Gesetzgebung (Nov. 98 c. 1, 127 c. 3), nach welcher das Eigentbum von Dos und Eheschenkung auch ohne zweite Ehe, bloß mit Ausnahme eines Kopftheils, an die Kinder fällt (§. 506 Note 16, §. 508 Note 5), sehr an Wichtigkeit verloren. — Besteht der Ehegewinn nur in einem Nießbrauch, so verliert der Sichwiederverheirathende gar nichts. Nov. 22 c. 30 (anders im früheren Rechte, l. un. C. si secundo nupserit 5. 10). — Besonderes für die Mutter, wenn der Ehegewinn in Mobilien besteht: l. 6 §. 1 C. h. t., Nov. 2 c. 4, 22 c. 45. Sintenis Anm. 2 a. E.

[4] Nov. 22 c. 26 §. 1.

[5] Ohne Rücksicht darauf, ob sie deren Erben geworden sind. L. 7 l. 8 pr. C. h. t., Nov. 22 c. 25. 26 §. 1. A. M. Löhr S. 37, Vangerow Nr. I. a, Sintenis Anm. 4, welche Nov. 22 c. 21 §. 1 (Note 8) hierher beziehen. — Stirbt ein Kind nach dem Anfall, so geht das ihm Anerfallene auf seine Erben, wenn dieselben nicht Descendenten sind, nicht unbedingt über, sondern der Vater bez. die Mutter erhalten davon den sovielsten Theil, als ihnen im Ehevertrag für den Fall der Auflösung der Ehe ohne Kinder zugesichert ist. Nov. 2 c. 2, 22 c. 26 pr. Löhr S. 39; anders Vangerow Nr. I. a. 4.

den früheren Tod der Kinder etwas von dem verlorenen Eigenthum zurückerwirbt, wird die Nichtigkeit der Veräußerung geheilt[6]. — Ihrerseits erhalten die Kinder der zweiten Ehe Dos und Eheschenkung dieser Ehe ausschließlich[7]. — Der Ehegewinn fällt übrigens, soweit er beim Tode des Erwerbers noch vorhanden ist, auch ohne zweite Ehe an die Kinder der Ehe, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie Erben ihrer Aeltern geworden sind[8].

2. In gleicher Weise verliert der Sichwiederverheirathende an die Kinder der früheren Ehe das Eigenthum an demjenigen, was er von dem Vermögen des früheren Ehegatten dadurch erworben hat, daß er gesetzlicher Erbe eines Kindes der früheren Ehe zugleich mit dessen Geschwistern geworden ist; erfolgt der Erbfall zur Zeit, wo er bereits wieder verheirathet ist, so erhält er von Anfang an nur den Nießbrauch[9].

3. Der Sichwiederverheirathende kann dem neuen Ehegatten aus seinem Vermögen nicht Mehr zuwenden, als ein Kind der früheren Ehe, und wenn die Kinder der früheren Ehe nicht gleiche Theile erhalten, als das wenigstbekommende Kind der früheren Ehe erhält[10]. Das Zuviel wird unter die Kinder der früheren Ehe zu gleichen Theilen vertheilt[10]. Kinder, welche sich eines Enterbungsgrundes schuldig gemacht haben, kommen auch hierbei nicht in Betracht[10]. Durch Minderung einer dem neuen Ehe-

---

[6] Nov. 2 c. 2, 22 c. 26.

[7] L. 4 C. h. t., Nov. 22 c. 29. Vgl. übrigens Note 3.

[8] L. 5 §. 2 l. 6 §. 3 l. 8 §. 1 C. h. t., Nov. 22 c. 20. 21. Aber die Enkel treten an die Stelle ihrer vorverstorbenen Aeltern nur dann, wenn sie deren Erben geworden sind, Nov. 22 c. 21 §. 1.

[9] L. 5 C. ad SC. Tert. 6. 56, Nov. 2 c. 3, 22 c. 46. 47. Diese Gesetze reden nur von der Mutter, aber bloß deßwegen, weil zur Zeit ihres Erlasses der Vater kein Intestaterbrecht neben den Geschwistern hatte. Der eigentliche Gedanke geht sehr bestimmt aus l. 10 C. Th. de mat. bon. 8. 18 hervor. A. M. Marezoll V S. 397 fg., und nach ihm Vangerow Nr. II (2). a. Für die Ausdehnung auf den Vater: Seuff. Arch. XVII. 254; dawider XI. 248. — Vgl. noch Seuff. Arch. I. 239.

[10] Nov. 22 c. 27. 28, vgl. l. 6 pr. l. 9 pr. l. 10 C. h. t. Glück S. 147 fg., Vangerow Nr. I. b. Seuff. Arch. II. 63, VII. 61. 62. 204, IX. 43. 173, XIII. 98, XVI. 120 2. Hälfte, XVII. 63.

gatten einmal bestellten Dos oder Eheschenkung kann das Recht der Kinder der früheren Ehe nicht verkürzt werden[11].

4. Der Sichwiederverheirathende verliert das ihm sonst seinen Kindern gegenüber zustehende Vorrecht, daß er ihnen für herauszugebende Vermächtnisse keine Sicherheit zu leisten braucht[12].

5. Die sich wieder verheirathende Mutter erleidet eine Beschränkung in dem Rechte, eine einem Kinde gemachte Schenkung wegen Undankbarkeit zu widerrufen[13]. Sie verliert ferner Erziehungsrecht[14] und Vormundschaft über die Kinder, und wenn sie zur zweiten Ehe schreitet, ohne denselben Rechnung gelegt und ihr Vermögen herausgegeben zu haben, so unterliegt sie den Strafen vorzeitiger Wiederverheirathung[15]. —

Diese Nachtheile können nicht durch Verfügung des vorversterbenden Ehegatten erlassen werden[16].

7. Nachtheile vorzeitiger Wiederverheirathung*.

§. 512.

Das römische Recht verhängt über die Frau, welche sich vor Ablauf des Trauerjahres wiederverheirathet, folgende Nachtheile[1]:

---

[11] L. 19 i. f. C. de don. a. n. 5. 3, Nov. 22 c. 31. S. übrigens auch Bechmann Dotalrecht II S. 439—440.

[12] L. 6 §. 1 C. ad SC. Treb. 6. 49, Nov. 22 c. 41. Eine engere Interpretation vertheidigt Marezoll V S. 372 fg. Vgl. Vangerow Nr. I. d, Sintenis Anm. 13.

[13] S. §. 367 Note 21.

[14] S. §. 514 Note 7.

[15] S. §. 434 Note 5, §. 437 Note 12.

[16] Man hat das Gegentheil behauptet wegen Nov. 2 c. 2. S. dawider namentlich Majer (Mejer) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V. 7. Uebereinstimmend Seuff. Arch. IX. 300.

* Glück XXIV S. 189—202; Sintenis III S. 84, Vangerow I §. 227 Anm. 2. §. 512.

[1] L. 11 §. 1—3 D. de his qui not. 3. 2, l. 1. 2 C. de sec. nupt. 5. 9, l. 4 C. ad SC. Tert. 6. 56, Nov. 22 c. 22. Dem Mann ist Eingehung einer Ehe innerhalb des Trauerjahres nicht verboten, l. 9 pr. D. de his qui not. 3. 2, Nov. 22 c. 22. Der Grund, weßwegen sie der Frau verboten ist, ist ein doppelter: einmal die Rücksicht auf den Anstand, sodann die Besorgniß vor Ungewißheit der Vaterschaft über ein von der Frau zu gebärendes Kind.

a) die Infamie; b) die Frau verliert Alles, was sie von dem früheren Mann erhalten hat, an dessen Kinder, Enkel, Aeltern, Großältern, Geschwister, den Fiscus; c) sie kann durch letztwillige Hinterlassung nichts erwerben, durch gesetzliche Beerbung nichts von Verwandten über den dritten Grad hinaus; d) sie kann dem neuen Ehegatten nicht Mehr, als ein Drittel ihres Vermögens zuwenden. Die heutige Geltung dieser Strafen ist aber sehr zweifelhaft und bestritten[2].

Justinian hat diese Strafen auf die Frau ausgedehnt, welche innerhalb des Trauerjahres ein uneheliches Kind gebiert[3]. Jedoch ist es auch für diesen Fall bestritten, ob diese Strafen heutzutage vollständig zur Anwendung gebracht werden dürfen[4].

Aus dem zweiten Grunde muß das Trauerjahr auch im Fall der Scheidung ausgehalten werden, und auch dann, wenn der verstorbene Mann aus einem besonderen Grunde nicht betrauert zu werden braucht, jedoch in diesem Falle nicht, wenn die Frau niedergekommen ist. L. 8 §. 4 l. 9 C. de repud. 5. 17, l. 11 §. 1—3 D. de his qui not. 3. 2. — Die Trauerzeit ist erst im Jahre 381 (l. 2 C. de sec. nupt. 5. 9) auf ein Jahr gesetzt worden; früher betrug sie nur 10 Monate.

[2] Es fragt sich: a) sind sie nicht durch das canonische Recht abgeschafft? Das canonische Recht (c. 4. 5 X. de sec. nupt. 4. 21) hebt zwar unmittelbar nur die Strafe der Infamie auf, aber erklärt dabei die Ehe innerhalb des Trauerjahres im Allgemeinen für erlaubt. b) Steht nicht jedenfalls ein gemeines Gewohnheitsrecht entgegen? Vgl. einerseits: Glück S. 197 fg., Guyet Abhandl. S. 185 fg., Geiger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX S. 228 fg., Arndts §. 418 Anm. 2; andererseits: v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzg. III S. 520 fg., Sintenis Anm. 15, Vangerow Anm. 2 a. E.

[3] Nov. 39 c. 2. Vgl. übrigens Vangerow Anm. 2 Nr. 3.

[4] Es wird behauptet, daß sie auch für diesen Fall durch Gewohnheitsrecht mit Ausnahme des Verlustes des Ehegewinnes beseitigt worden seien. Vgl. Glück S. 201 Note 92, Puchta §. 429 a. E., Arndts §. 418 a. E.

Zweites Kapitel.

Das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern.

I. Rechtliche Bedeutung.

A. Ueberhaupt.

§. 513.

Das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern steht, wie das eheliche, zunächst unter sittlichen Grundsätzen, und die Rechtsregeln, welche sich auf dasselbe beziehen, haben auch hier im Ganzen und Großen keine andere Bedeutung, als die, daß durch sie das sittliche Wesen des Verhältnisses zum Ausdruck gebracht werden soll (I §. 41). Im ursprünglichen römischen Recht zwar war die Auffassung des Verhältnisses zwischen Vater und Kind eine ganz andere; dem Vater wurde eine rein selbstnützige und in ihrem Umfang lediglich durch sein Interesse bestimmte Gewalt über das Kind zugeschrieben[1]. Aber diese Auffassung ist bereits im Justinianischen Recht fast vollständig überwunden, und hat nur einzelne Spuren zurückgelassen, welche dann größtentheils auch in das heutige Recht übergegangen sind[2]. Das Verhältniß zwischen Mutter und Kind ist auch vom römischen Recht nie anders aufgefaßt worden, als in der zuvor bezeichneten Weise.

---

[1] Der Vater durfte das Kind sogar tödten und als Vermögensobject veräußern. Vgl. Gai. I. 55: — „quod ius proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filiis suos habent potestatem, qualem nos habemus". §. 513.

[2] Keine Geltung hat heutzutage die noch im Justinianischen Rechte anerkannte Befugniß des Vaters, sein neugeborenes Kind aus Noth zu verkaufen, l. 2 C. de patribus 4. 43. — Ueber die väterliche Gewalt im Allgemeinen vgl. den Aufsatz von Heimbach im RLex. XII S. 1 fg.; über die Auffassung des älteren deutschen Rechtes Kraut Vormundsch. II S. 586 fg.

B. Insbesondere:

1. In Betreff der Personen.

§. 514.

Nach der persönlichen Seite zeigt sich das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern in folgenden Punkten rechtlich wirksam.

1. Auf der Verpflichtung der Aeltern und Kinder zur Liebe gegen einander beruht ihre Unfähigkeit, Zeugniß gegen einander abzulegen[1].

2. Die Verpflichtung der Kinder zur Ehrfurcht und Pietät[2] gegen die Aeltern hat rechtlichen Ausdruck in den Vorschriften gefunden: a) daß das Kind einen auf Arglist gestellten Anspruch gegen die Aeltern nur bis zum Belange der Bereicherung geltend machen kann[3]; b) daß es von den Aeltern nicht den Gefährdeeid verlangen kann[3a]; c) daß Aeltern gegen die Kinder die Rechtswohlthat der Lebensnothdurft zusteht[4].[5]

---

§. 514. [1] L. 6 C. de test. 4. 20. Ausnahme: c. 3 X. qui matr. accus. possunt 4. 18. Bayer Vorträge S. 795, Wetzell Civilproc. §. 23 Note 12.

[2] L. 4 D. de cur. fur. 27. 10, l. 1. 9. 10 D. de obseq. 37. 15.

[3] L. 2 §. 1 l. 5 l. 6 l. 7 pr. §. 2 D. de obseq. 37. 15. Ausnahme bei schweren Injurien; l. 7 §. 3 D. de iniur. 47. 10. Die Verhaftung auf die Bereicherung in allen Fällen ergibt sich aus l. 11 §. 1 l. 12 D. de dolo 4. 3. Das römische Recht schloß auch die actiones famosae aus, l. 11 §. 1 D. de dolo cit., l. 2 pr. l. 5 §. 1 D. de obseq. 37. 15 (vgl. I §. 56).

[3a] L. 7 §. 3 D. de obseq. 37. 15. Vgl. l. 34 §. 4 D. de iurei. 12. 2, und dazu Arndts §. 437 Anm. 1.

[4] S. §. 267 Note 4 und l. 7 §. 1 D. de obseq. 37. 15. Vgl. §. 267 Note 14.

[5] Außer den hier genannten Sätzen gehört nach römischem Recht noch hierher das Verbot der in ius vocatio der Aeltern (und weiteren Ascendenten) ohne Erlaubniß der Gerichtsobrigkeit, dessen Verletzung mit einer Privatstrafe von 50 aurei geahndet wurde, l. 4 §. 1 sqq. l. 11. 12. 15. 24. 25 D. de in ius voc. 2. 4. Dieses Verbot hat seinen Grund in der Form der alten Privatladung, und es ist wohl nicht zu kühn, anzunehmen, daß es mit dieser bereits im Justinianischen Recht seine Anwendbarkeit verloren habe. Vgl. l. 15 cit.: — „neque enim qui libellum principi vel praesidi dat, in ius vocare . . . videtur“, wo „vel praesidi“ interpolirt ist. Freilich stimmt hierzu nicht die Aufnahme der betreffenden Stellen in die Compilation, s. auch §. 12 I. de act. 4. 6, §. 3 I. de poen. tem. lit. 4. 16. Jedenfalls aber wird man zu

3. Die Aeltern haben über das Kind die Erziehungsgewalt, und zum Zweck der Handhabung derselben ein Züchtigungsrecht[6]. Die Erziehungsgewalt steht aber der Mutter bei Lebzeiten des Vaters nicht in Widerspruch mit demselben zu, und nach dem Tode des Vaters nur so lange, als sie nicht zur zweiten Ehe schreitet, und nur unter der Voraussetzung, daß der Vater über die Erziehung des Kindes nicht anderweitig verfügt hat[7]. Von der anderen Seite kann durch Richterspruch auch bei Lebzeiten des Vaters seine Erziehungsgewalt zu Gunsten der Mutter ausgeschlossen werden[8]. Auch im Fall der Scheidung können die Kinder dem Vater ab- und der Mutter zugesprochen werden, wobei vorzugsweise zu Gunsten des unschuldigen Theiles zu entscheiden ist[9]. — Der Erziehungsgewalt der Aeltern entspricht eine Erziehungspflicht, welche sich aber rechtlich wirksam nur in der Verpflichtung zur Gewährung der zur Erziehung erforderlichen Vermögensmittel erweist[10].

4. Kinder sollen ohne Zustimmung der Aeltern keine Ehe eingehen; jedoch ist der Mangel dieser Zustimmung kein Ungültig-

---

sagen haben, daß, wenn das Gericht von dem betreffenden Verwandtschaftsverhältniß unterrichtet ist, in der Uebermittelung der Klageschrift schon die gehörige Erlaubniß liegt, vgl. l. 15 cit.: — „non dissimulato se libertum esse eius". Vgl. Glück II S. 351 und die das. Citt.

[6] Mehr als Erziehungsgewalt und Züchtigungsrecht gibt auch die römische patria potestas im Resultate der Entwicklung dem Vater nicht mehr. L. 3 C. de patr. pot. 8. 47, l. un. C. de emend. propinq. 9. 15. Der Vater kann aber zur Unterstützung seiner Autorität den Richter anrufen, damit derselbe mit Strafen gegen das Kind vorgehe, l. 3 cit., l. 9 §. 3 D. de off. proc. 1. 16. Vgl. übrigens auch Kraut Vormundsch. II S. 621—622, und über den Umfang der Erziehungsgewalt im Allgemeinen Burchardi Arch. f. civ. Pr. VIII S. 186 fg. Seuff. Arch. I. 81, XII. 169.

[7] L. 1 C. ubi pup. 5. 49, Nov. 22 c. 38; l. 1 §. 10 D. de insp. ventre 25. 4, l. 1 §. 1 D. ubi pup. 27. 2, l. 7 D. de ann. leg. 33. 1. Die l. 1 §. 1 und l. 7 citt. geben jedoch der Obrigkeit das Recht, von der Verfügung des Vaters abzuweichen, wenn das Kind bei dem vom Vater bezeichneten Erzieher schlecht aufgehoben ist. Vgl. Burchardi a. a. O. S. 167 fg.

[8] L. 1 §. 3 l. 3 §. 5 D. de lib. exh. 43. 30.

[9] L. un. C. divortio facto 5. 24, Nov. 117 c. 7. Burchardi a. a. O. S. 181—182, Sarwey Arch. f. civ. Pr. XXXI. 14. XXXII. 1, Sintenis III §. 140 Anm. 34. Seuff. Arch. VI. 213, VIII. 269, XIV. 43.

[10] S. §. 475 Note 12.

keitsgrund[11]. Anders beim Verlöbniß; dasselbe ist ohne Zustimmung des Vaters nichtig[12].

2. In Betreff des Vermögens.

a. Ueberhaupt.

§. 515.

In vermögensrechtlicher Beziehung zeigt sich das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern als solches, d. h. abgesehen von der väterlichen Gewalt, wirksam in der gegenseitigen Alimentationsverbindlichkeit der Aeltern und Kinder, ferner in der Verpflichtung der Aeltern zur Erziehung und zur Ausstattung der Kinder. Von allen diesen Punkten ist bereits gehandelt worden (§. 475. 514. 493).

Weiter gehend ist die vermögensrechtliche Wirkung der väterlichen Gewalt[1]. Nach ursprünglichem römischen Recht konnte das Kind in väterlicher Gewalt nichts Eigenes haben; vielmehr erwarb es Alles, was es erwarb, dem Vater[2]. Dieser Grundsatz ist im Justinianischen Recht durch so viele Ausnahmen durchbrochen, daß die Ausnahme zur Regel geworden ist. Der daraus hervorgegangene Rechtszustand ist im Folgenden (§. 516 fg.) näher dargestellt. —

Auf dem zuvor bezeichneten Grundsatz des ursprünglichen römischen Rechtes beruhen in letzter Linie auch zwei andere Rechte des Vaters, welche sich aber später von diesem Grundsatz abgelöst haben, und deren nähere Darstellung anderen Zusammenhängen

---

[11] Conc. Trid. Sess. XXIV c. 1 de reform. matr. Richter Kirchenr. §. 254, Walter Kirchenr. §. 291. Römisches Recht: pr. I. de nupt. 1. 10, l. 2 D. de R. N. 23. 2, l. 5 C. de nupt. 5. 4; l. 1. 20 C. eod.

[12] L. 7 §. 1 D. de spons. 23. 1., Richter Kirchenr. §. 271 Note 6. 7. Vgl. Glück XXIII S. 38 fg. 54.

§. 515. [1] Von der väterlichen Gewalt wird hier repräsentativ gesprochen. Das Gleiche, wie für den Vater, gilt für den Großvater ꝛc., in dessen Gewalt der Enkel ꝛc. steht.

[2] Gai. II. 86—89, Ulp. XIX. 18. 19. Das Kind war nothwendiges Erwerbsorgan des Vaters, — „patris voce loqui videtur", §. 13 I. de inut. stip. 3. 19, s. auch §. 4 I. eod., l. 42 D. de damno inf. 39. 2.

angehört: das Recht des Vaters, dem Kinde letztwillig einen Vormund, und unter gewissen Voraussetzungen einen Erben, zu ernennen (s. §. 433 und das Erbrecht).

b. Recht des Vaters an dem Erwerbe des Kindes.

§. 516.

Der Rechtszustand, welcher in dieser Beziehung im Justinianischen Rechte gilt (§. 515), ist folgender.

1. An gewissen Erwerben hat der Vater gar kein Recht, sie fallen an das Kind, als wenn es der väterlichen Gewalt nicht unterworfen wäre[1]. Diese Erwerbe sind: der Erwerb auf Grund des Kriegsdienstes[2]; der Erwerb aus einem Staats-[3] oder Hof-

---

[1] Die römische Bezeichnung für diese Erwerbe sind: peculium castrense und quasi castrense (Note 2). Durch die Bezeichnung peculium werden sie aber als Vermögen des Vaters, nicht des Sohnes, charakterisirt (a. M. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 63 fg., aber aus nicht stichhaltigen Gründen), und in der That waren sie dieß bis zur Nov. 118, obgleich das Recht des Vaters sich nur (oder doch fast nur, s. l. 18 pr. §. 3 D. de castr. pec. 49. 17) in dem Falle wirksam erwies, wenn das Kind ohne Testament starb; sie wurden dann nicht vererbt, sondern der Vater zog sie als sein Vermögen ein. Pr. I. quib. non est perm. 2. 12; l. 4 §. 1 l. 12 l. 15 §. 1—4 l. 18 §. 1. 2 D. de castr. pec. 49. 17, l. 2. 3 C. eod. 12. 37, l. 3 §. 10 D. de min. 4. 4; l. 1. 2. 9. 14 l. 17 pr. l. 19 §. 3 D. de castr. pec., l. 5 C. eod., l. 18 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 1 §. 22 D. de coll. 37. 6 (s. aber auch pr. I. cit. vv. *nullis liberis vel fratribus superstitibus*, l. 34 C. de ep. et cler. 1. 3, und dazu Vangerow II S. 40—42, Schirmer Erbrecht I S. 180. 183). Seit diese Erwerbe durch die Nov. 118 der gewöhnlichen Intestaterbfolge unterworfen worden, und dadurch wirkliches Vermögen des Kindes geworden sind, ist die Bezeichnung peculium für sie nicht mehr passend. Vgl. auch Note 10. — Neuere fassen das peculium castrense und quasi castrense unter dem Ausdruck peculium militare zusammen — eine Bezeichnung, welche in l. 37 pr. C. de inoff. test. 3. 28 einen Anhalt hat. §. 516.

[2] Peculium castrense. Dig. 49. 17 de castrensi peculio. Cod. 12. 37 de castrensi peculio militum et praefectianorum. — Zum pec. castrense gehört Alles, „quod . . . filiusfamilias in militia adquisiit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset", l. 11 D. h. t. L. 1 C. h. t.: — „quae in castris per occasionem militiae quaeruntur; in quibus sunt etiam hereditates eorum, qui non alias noti esse potuerunt, nisi per militiae occasionem". S. noch l. 5. 6. 8 l. 16 §. 1 l. 19 pr. D. l. 2. 4 C. h. t.; l. 15 §. 3 l. 19 §. 1 D. h. t., l. 1 i. f. C. h. t. Nach positiver Bestimmung wird pec. castrense auch die Erbschaft von der Ehefrau aus einem Testa-

amt[4]; der Erwerb auf Grund der Advokatur[5]; der Erwerb aus Geschenken des Landesherrn und seiner Gemahlin[6]; der Erwerb eines Geistlichen[7].[8] — Bedarf das Kind eines Vormundes, so gebührt die Vormundschaft in Betreff dieser Erwerbe zunächst

---

mente, welches zu Gunsten des Haussohnes während seiner Dienstzeit errichtet worden ist, l. 13 l. 16 §. 1 D. h. t. Vgl. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 107—116. — Dem peculium castrense gegenüber bilden die unter dieser Nummer im Folgenden bezeichneten Erwerbe das peculium quasi castrense. Von dem letzteren handelt Marezoll a. a. O. S. 117—136. — Das pec. castrense ist so alt, wie die Kaiserzeit, pr. I. quib. non est. perm. 2. 12. Die für das pec. quasi castrense im Folgenden citirten Stellen sind von Constantin und den folgenden Kaisern. Andererseits wird das pec. quasi castrense auch in den Digesten erwähnt: l. 32 §. 17 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 1 §. 6 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 3 §. 5 D. de B. P. 37. 1, l. 1 §. 15 D. de coll. 37. 6, l. 7 §. 6 D. de don. 39. 5, vgl. auch l. 52 §. 8 D. pro soc. 17. 2. Sind alle diese Stellen interpolirt? Dawider Zimmern Gesch. d. röm. Privatr. I. 2 §. 188 Note 1, Marezoll a. a. O. S. 78 fg. Ueber l. 50 D. ad SC. Treb. 36. 1 s. Note 8.

[3] L. un. C. de castrensi omnium palatinorum peculio 12. 31, l. 7 C. de off. eius 1. 51, l. 6 C. h. t. 12. 37, l. 5 C. de silentiariis 12. 16, l. 37 C. de inoff. test. 3. 28. Auch der Erwerb bloß „per occasionem" des Amtes? Dafür v. Löhr Arch. f. civ. Pr. X S. 177. 178; dawider Marezoll a. a. O. S. 130—134, Sintenis a. a. O. Anm. 65, Vangerow I §. 235 Anm.

[4] L. un. C. de castrensi omnium palatinorum peculio 12. 31. Zu den hier genannten palatini gehören zwar nicht bloß, und nicht einmal vorzugsweise, aber doch auch Hofbeamte. Ueber den Umfang des pec. quasi castrense dieser Beamten besteht der gleiche Zweifel, wie bei den Staatsbeamten.

[5] L. 4 vgl. l. 14 C. de advocatis diversorum iudiciorum 2. 7. Hier ist ausdrücklich bestimmt, daß pec. quasi castrense werden solle, was die betreffenden Personen „ex huiusmodi professione vel ipsius occasione" erworben haben. Vgl. auch l. 8 C. eod.

[6] L. 7 C. de bonis quae liberis 6. 61.

[7] Aller und jeder Erwerb des Geistlichen, nicht bloß der Erwerb aus dem geistlichen Amte oder aus Veranlassung desselben. Geistliche im Sinne dieser Vorschrift sind auch diejenigen, welche nur die niederen Weihen empfangen haben. L. 34 C. de ep. et cler. l. 3, Nov. 123 c. 19.

[8] Ein pec. quasi castrense nehmen Manche (Marezoll a. a. O. S. 81 fg., v. Buchholtz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV S. 310 fg., Sintenis Anm. 64, Vangerow I §. 235 Anm.) auch im Falle der l. 50 D. ad SC. Treb. 36. 1 an. Dawider mit Recht Arndts §. 434 Anm., Schirmer röm. Erbr. I S. 173 Note 134.

dem Vater; schlägt derselbe aus, so tritt obrigkeitliche Berufung ein[9].

2. Andere Erwerbe[10] fallen an das Kind nur der Substanz nach, dagegen an den Vater zum Genuß[11]. Dieß ist der Fall bei jedem Erwerbe, welcher einerseits nicht von der unter Nr. 1 bezeichneten Art ist, andererseits nicht aus dem Vermögen des

---

[9] L. 7 D. de cur. fur. 5. 70. Vgl. §. 432 Note 5.

[10] Cod. 6. 60 de bonis maternis et materni generis, — 6. 61 de bonis quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias adquiruntur, et eorum administratione. — Die Neueren bezeichnen diese Erwerbe als peculium adventicium. Der Ausdruck adventicium geht darauf, daß es sich hier um einen Erwerb handelt, welcher nicht aus dem Vermögen des Vaters, sondern anderswoher kommt (Note 12), und hat in dieser Bedeutung, wenn er auch in der Verbindung mit peculium nicht quellenmäßig ist, doch gute Analogieen für sich (dos aventicia, s. ferner l. 28 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 36 pr. C. de inoff. test. 3. 28, und vgl. auch l. 4 §. 1 D. de manum. 40. 1). Dagegen ist der Ausdruck peculium zur Bezeichnung der hier fraglichen Erwerbe nicht zu billigen, da es sich um ein Vermögen handelt, welches jedenfalls im Resultat der Entwicklung (vgl. §. 517 Note 1) nicht Vermögen des Vaters, sondern Vermögen des Sohnes ist (vgl. Note 3). Wenn es in l. 3 C. de bon. quae lib. 6. 61 heißt: „ad liberos eorum eaedem res iure hereditatis, non ad patres iure peculii transmittantur", so ist das nichts als eine historische Reminiscenz (vgl. l. 1 §. 1 l. 2 C. Th. de mat. bon. 8. 18, und damit l. 1 C. de bon. mat. et mat. gen. 6. 60). Abgesehen von der l. 3 C. cit. wird in der Justinianischen Compilation der Ausdruck peculium zur Bezeichnung der hier fraglichen Erwerbe überall mit Absichtlichkeit vermieden. Wenn man sich für das Gegentheil auf l. 37 pr. C. de inoff. test. 3. 28 und pr. I. quib. non est perm. 2. 12 beruft, so ist es weder nothwendig, in der ersten Stelle den Ausdruck peculium paganum auf den adventicischen Erwerb mit zu beziehen, noch in der zweiten die Worte „exceptis videlicet iis" auf „peculia" zurückzubeziehen und das „iis" anders als substantivisch zu verstehen. Vgl. über die verschiedenen Ansichten einerseits Hugo im civil. Magazin V. 19 und VI. 4, andererseits Unterholzner Tüb. krit. Zeitschr. V S. 205—209, Marezoll a. a. O. S. 63 fg., Mühlenbruch in der Forts. von Glück XXXV S. 190 Note 28, und aus der neuesten Zeit die schwer verständliche Ausführung von Dietzel Jahrb. d. gem. R. III S. 60—68.

[11] Gewöhnlich sagt man: an das Kind zum Eigenthum, an den Vater zum Nießbrauch, und diese Ausdrucksweise ist auch die der Quellen. Die hier gewählte empfiehlt sich aber mehr, aus dem doppelten Grunde: a) weil von Eigenthum doch nur bei körperlichen Sachen, nicht bei anderen Vermögensstücken die Rede sein kann; b) weil das Genußrecht des Vaters nicht ohne Weiteres unter die für den Nießbrauch geltenden Regeln gestellt werden darf. S. §. 517 Nr. 1 und vgl. auch Seuff. Arch. XX. 222.

Vaters selbst gemacht wird (Nr. 3)[12]. Außerordentlicher Weise fällt auch das Genußrecht des Vaters weg. Hiervon, sowie näher von dem in dem einen und dem anderen Fall stattfindenden Rechtsverhältniß, im folgenden §.[13]

---

[12] In dieser Allgemeinheit hat zuletzt Justinian die Regel gestellt in l. 6 C. de bon. quae lib. 6. 61. „Si quis itaque filiusfamilias vel patris sui vel avi vel proavi in potestate constitutus aliquid sibi adquisierit non ex eius substantia, cuius in potestate sit, sed ex aliis quibuscunque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eum perveniant: eas suis parentibus non in plenum, sicut antea fuerat sancitum, sed usque ad usumfructum solum adquirat, et eorum ususfructus quidem apud patrem vel avum vel proavum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat, dominium autem filiisfamilias inhaereat . . . . Exceptis castrensibus peculiis . . . in his enim nihil innovamus, sed vetera iura intacta servamus; eodem observando etiam in his peculiis, quae quasi castrensia peculia ad instar castrensis peculii accesserunt". S. auch §. 1 I. per quas pers. 2. 9. Vorher waren nur einzelne Erwerbe dem hier bezeichneten Rechte unterworfen: die bona materna und materni generis und das lucrum nuptiale, l. 1—4 C. de bon. mat. 6. 60, l. 1—5 C. de bon. quae lib. 6. 61. — Zum adventicischen Erwerb gehört nach der ausdrücklichen Bestimmung Justinian's auch was das Kind durch seine Arbeit erwirbt. Seuff. Arch. X. 60, XII. 166. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß das Kind nicht aus dem Vermögen des Vaters erworben habe, in welchem Falle dieser letztere Gesichtspunkt der entscheidende ist. Kann aber nicht in diesem Falle, sowie in jedem anderen, wo das Kind durch seine Arbeit den Vater bereichert hat, dasselbe Ersatz des Werthes seiner Arbeit fordern? Es ist zu sagen: a) da das Kind die Arbeit freiwillig geleistet, also den Vater willentlich bereichert hat, so steht ihm eine Ersatzforderung nur (§. 422) nach dem Gesichtspunkte der negotiorum gestio (§. 430) oder des stillschweigenden Vertrages (§. 399 Note 14, §. 404 Note 7) zu; b) der Vater ist befugt, gegen die vom Kinde im Hause nach Art des Hauses geleistete Arbeit die dem Kinde gewährte Alimentation aufzurechnen, welchem Satze l. 10 D. de obseq. 37. 15 nicht entgegensteht. Vgl. Marezoll a. a. O. S. 271 fg., Pfeiffer prakt. Ausführungen VII S. 156 fg., Kraut Vormundsch. II S. 638—640, Sintenis III §. 141 Anm. 16. Seuff. Arch. I. 354, VII. 196, VIII. 59, IX. 174, XV. 135. — Ueber andere Fragen, welche auf den Umfang des adventicischen Erwerbes Bezug haben, s. Marezoll a. a. O. S. 260 fg. 264 fg. 276 fg. 280 fg. Vangerow I §. 236 Anm. 1, und vgl. im Allgemeinen auch noch Seuff. Arch. III. 271.

[13] Es kann auch abgesehen von der väterlichen Gewalt vorkommen, daß ein Vermögensstück an den Vater zu Nießbrauch, an das Kind zu Eigenthum fällt, s. z. B. Nov. 22 c. 23, 98 c. 1 (127 c. 3), 98 c. 2, 117 c. 8. Für diesen Fall gelten natürlich die besonderen Grundsätze vom adventicischen Erwerb nicht, selbst dann nicht, wenn im gegebenen Fall das Kind der väter-

3. Erwerbe aus dem Vermögen des Vaters fallen auch nach neuestem Recht ganz an den Vater, nicht an das Kind[14]. Daher sind namentlich Zuwendungen, welche der Vater dem Kinde aus seinem Vermögen macht, ohne rechtlichen Bestand[15]. Ausgenommen ist nach heutigem Recht, was der Vater dem Kinde zur Begründung einer selbständigen Wirthschaft, und was er ihm zum Zweck der Abschichtung gibt; nicht aber die gewöhnliche Schenkung[16]. Doch wird die Schenkung dadurch, daß der Vater sie bei der Emancipation nicht zurücknimmt, oder bis zu seinem Tode nicht widerruft, rückwärts gültig[17].

4. Schlägt das Kind einen ihm angebotenen Erwerb aus, so kann der Vater denselben für sich machen[18].

---

lichen Gewalt unterworfen ist. Marezoll a. a. O. S. 249 fg., Vangerow I §. 236 Anm. 1.

[14] L. 6 pr. C. de bon. quae lib. 6. 61, §. 1 I. per quas pers. 2. 9.

[15] L. 1 §. 1 D. pro don. 41. 6; l. 11. 17 C. de don. 8. 54.

[16] S. §. 484 Note 2 und 4.

[17] a) Nichtzurücknahme bei der Emancipation: l. 31 §. 2 D. de don. 39. 5, l. 17 C. de don. 8. 54. b) Nichtwiderruf bis zum Tode: l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, l. 6 §. 2 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 18 pr. C. fam. herc. 3. 36, l. 3 C. de inoff. don. 3. 29; Paul. S. R. V. 11 §. 3, Vat. fr. 274. 277. 278. 281. Dieser letztere Satz hat im römischen Recht nicht von jeher gegolten, und ist wahrscheinlich erst unter dem Einfluß der entsprechenden Bestimmung für die Schenkung unter Ehegatten (§. 509 Nr. 4) zur Anerkennung gelangt. Das ältere Recht in: l. 2 §. 2 D. pro her. 41. 5, l. 1 §. 1 l. 4 D. pro don. 41. 6, Vat. fr. 294—296. Ueber l. 13 C. de coll. 6. 20 s. Vangerow II S. 449—451 und die das. Citirten. c) Convalescenz nach rückwärts: l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16. Allerdings hat diese Stelle zunächst nur den Fall des Todes im Auge; aber der Grund ihrer Entscheidung ist doch der in der Nichtzurücknahme enthaltene Bestätigungswille. — Vgl. über das Ganze v. d. Pfordten Abhandlungen S. 187—204.

[18] Nach Justinian's Bestimmung in l. 8 pr. §. 1. 2 C. de bon. quae lib. 6. 61. Der Satz gilt nicht bloß für Erbschaften, auf welche man ihn oft beschränkt, sondern für jeden Erwerb überhaupt. „Sancimus igitur in omnibus rebus, quae effugiunt quidem dominii adquisitionem, sed ususfructus tantummodo patri offertur..". Sodann: — „nulla actione neque contra patrem danda, ubi adversus eius voluntatem filius hereditatem vel legatum vel fideicommissum vel aliquid quidquam ex quocunque titulo sive donationis sive contractus alterius sibi adquirere maluerit, neque adversus filium simili modo actione ex-

§. 517*.

Die für das im vorigen §. unter Nr. 2 bezeichnete adventicische Vermögen geltenden näheren Grundsätze sind folgende.

1. Das Genußrecht, welches dem Vater an dem adventicischen Vermögen zusteht, ist ein Genußrecht nicht nach Art des Nießbrauches, sondern ein Genußrecht nach Art des dem Eigenthümer zustehenden Genußrechtes[1]. Daher ist der Vater weder an die dem Nießbraucher bei der Ausübung seines Rechtes gezogenen Schranken[2] gebunden[3], noch zu der dem Nießbraucher obliegenden Sicherheitsleistung verpflichtet[4]. Ebensowenig kann von dem Vater verlangt werden, daß er seine Verwaltung durch Rechnungslegung rechtfertige[4], woraus jedoch nicht folgt, daß er nicht nach Beendigung seines Rechtes von dem Kinde in Anspruch genommen werden könnte, wenn dieses ihm einen Verstoß gegen die Pflichten ordentlicher Vermögensverwaltung nachzuweisen im Stande ist[5]. Wegen grober Verletzung dieser Pflichten kann die

---

tendenda, ubi recusante eo pater sua auctoritate haec sibi vindicat." Marezoll a. a. O. S. 101.

§. 517. * Die hierher gehörigen Titel sind bei §. 516 Note 10 angegeben. — Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 92 fg. 285 fg. 362 fg. Vangerow I §. 236. 237, Sintenis III S. 142—152.

[1] L. 1 C. de bon. mat. 6. 60: — „atque ita omnia agere tamquam solidum perfectumque dominium eis adquisitum fuisset". L. 6 §. 2 C. de bon. quae lib. 6. 61: — „tantummodo alienatione vel hypotheca suo nomine patribus denegata, rerum habeat parens plenissimam potestatem uti fruique his rebus . . . ., et gubernatio earum sit penitus impunita, et nullo modo audeat filiusfamilias . . . vetare eum . . easdem res tenere aut quomodo voluerit gubernare . .". Ursprünglich war das Recht des Vaters wirklich Eigenthumsrecht, l. 1. 2 C. Th. de mat. bon. 8. 18. Marezoll S. 285 fg. — Haben die Kinder gegen Verfügungen des Vaters über sein Genußrecht ein Einspruchsrecht auf Grund ihrer Alimentationsberechtigung? Seuff. Arch. III. 338. 342 a. E., V. 296.

[2] S. I §. 203 Note 12—14.

[3] Marezoll S. 369—371.

[4] L. 8 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61: — „paterna reverentia eum excusante et a ratiociniis et a cautionibus et ab aliis omnibus, quae ab usufructuariis extraneis a legibus exiguntur . .". Seuff. Arch. III 337. Der Vater ist daher auch nicht zur Errichtung eines Inventars verbunden. Marezoll S. 390. Seuff. Arch. XII. 44, XVII. 258.

Verwaltung dem Vater sogar ganz entzogen, und einem Vormunde übertragen werden[5a]. An die Zustimmung des Kindes ist der Vater nur in dem einen Fall gebunden[6], wo er zum Zweck der Realisirung eines adventicischen Erwerbes oder der Abweisung eines aus demselben von einem Dritten abgeleiteten Anspruchs einen Proceß zu führen hat; jedoch wird auch in diesem Falle vorausgesetzt, daß das Kind das Alter der Geschlechtsreife erreicht habe, und nicht abwesend sei[7].

---

[5] L. 1 C. de bon. mat. 6. 60: — „Parentes autem, penes quos maternarum rerum utendi fruendique potestas est, omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere“. L. 8 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61: — Quodsi pater hoc facere supersederit, ipse usuras vel ex reditibus vel ex substantia sua omnimodo dare compelletur“. — Und ferner: — „et omnia circa usumfructum facere, quae nullo modo proprietatem possint deteriorem facere . .“. — Marezoll S. 388 fg. und nach ihm Vangerow I §. 236 Anm. 2 Nr. 2 sind der Ansicht, daß der Vater nur in Betreff der bona materna und materni generis und des lucrum nuptiale zur Prästation von omnis diligentia juristisch verpflichtet, dagegen seine Verpflichtung in Betreff des sonstigen adventicischen Erwerbes lediglich eine moralische sei. Ihr Hauptgrund ist: weil sich eine Verhaftung für omnis culpa und Befreiung von Rechnungslegung (Note 4) nicht mit einander vertrage. Ich wüßte nicht, was der im Text bezeichneten Vereinigung entgegenstünde. Andere (Puchta §. 436. f, Sintenis a. a. O. Anm. 33, Arndts §. 432 Anm. 2) suchen die Vereinigung darin, daß sie die Befreiung von der Verpflichtung zur Rechnungslegung nur auf die Zeit des Bestehens der väterlichen Gewalt beziehen.

[5a] Arg. l. 13 §. 1 C. de sent. pass. 9. 51. Glück XIV S. 383, Sintenis a. a. O. Anm. 42[a]. Seuff. Arch. III. 336, VII. 198, vgl. III. 342. A. M. v. Löhr Arch. für civ. Pr. VII S. 268 Anm. 10 u. X S. 179, Marezoll S. 426, Vangerow S. 443. Seuff. Arch. II. 306. Natürlich verliert aber der Vater in diesem Fall nicht auch den Anspruch auf die Einkünfte.

[6] Vgl. im Uebrigen l. 6 §. 2 C. de bon. quae lib. 6. 61 (Note 1).

[7] L. 8 §. 3 C. de bon quae lib. 6. 61. Marezoll S. 373—388 und Vangerow I §. 236 Anm. 2 Nr. 3 sind der Ansicht, daß diese Stelle nur Processe über die Erbschaft selbst (von welchem Erwerbe in der genannten Stelle vorzugsweise die Rede ist) im Sinne habe, wie z. B. querela inofficiosi testamenti, actio familiae herciscundae, hereditatis petitio, während umgekehrt die Meisten (von Neueren s. Puchta §. 436. g, Arndts §. 432 Anm. 3, Sintenis a. a. O. Anm. 35) die Vorschriften der Stelle von allen Processen überhaupt verstehen. Nach meiner Meinung bezieht sie sich allerdings auf die zuvor erwähnten Klagen, aber z. B. auch auf eine ererbte actio ven-

2. Ueber die Substanz des adventicischen Vermögens kann der Vater nicht verfügen; Veräußerungen, welche er mit demselben vornimmt, sind nichtig[8], und das Kind kann nach Beendigung des väterlichen Rechtes die Nichtigkeit derselben geltend machen[9], ohne daß ihm aus der bis dahin abgelaufenen Zeit eine Verjährung entgegengesetzt werden könnte[10]. Ausnahmsweise ist dem Vater die Veräußerung gestattet: a) bei Sachen, welche dem Untergang ausgesetzt oder unnütz sind[11]; b) zur Abtragung von Schulden und Lasten, welche das Kind mit dem Erwerbe überkommen hat[12], vorausgesetzt, daß sie nicht in periodisch wiederkehrenden Leistungen bestehen, in welchem Fall der Vater sie aus den Einkünften bestreiten muß[13].[14] — Andererseits ist auch

---

diti oder rei vindicatio, nicht aber z. B. auf die actio locati aus einem vom Vater abgeschlossenen Miethvertrag. Vgl. Seuff. Arch. III. 272. 373, XIII. 266.

[8] L. 1. 2 C. de bon. mat. 6. 60, l. 4 l. 6 §. 2 l. 8 §. 5 C. de bon. quae lib. 6. 61. Diese Gesetze haben im Einzelnen nur Uebertragung des Eigenthums und Verpfändung im Auge; aber es ist keiner Frage unterworfen, daß in ihrem Sinne dem Vater auch jede Bestellung eines andern dinglichen Rechtes, sowie jede Rechtsaufgabe überhaupt, untersagt ist. In Betreff der Forderungen verschiedene Ansichten in den Urtheilen bei Seuff. Arch. II. 307, X. 181, XIV. 100; XVII. 65. Verzicht auf Erbansprüche: das. VI. 228, VII. 65. Absolute Nichtigkeit: das. XIX. 161.

[9] Ueber die Frage, ob auch der Vater selbst die Nichtigkeit der Veräußerung geltend machen könne, s. I §. 172[a] Note 2. Seuff. Arch. XIX. 161.

[10] S. I §. 109 Note 5. §. 182 Note 12.

[11] L. 8 §. 5 C. de bon. quae lib. 6. 61: — „exceptis videlicet rebus mobilibus vel immobilibus illis, quae onerosae hereditati sunt vel quocunque modo damnosae“.

[12] L. 8 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61. Diese Stelle spricht zunächst nur von Erbschaften, welche dem Kinde anerfallen, aber daß sie für jeden Erwerb überhaupt verfügen will, zeigt das princ. Zum Zweck der Abtragung neu gemachter Schulden ist dem Vater die Veräußerung nicht gestattet; er soll eben solche Schulden nicht machen. Vgl. übrigens auch Fritz Arch. f. civ. Pr. XI S. 30. Ueber das Haftungsverhältniß, wenn bei Schulden der ersten Art auch ein pec. adventicium extraordinarium oder castrense oder quasi castrense vorhanden ist, vgl. dens. das. S. 37—41.

[13] L. 8 §. 4 C. cit.: — „si quidem tales reditus sunt, qui sufficiunt ad annalia legata, pater ex huiusmodi reditibus hoc dependere compelletur“.

[14] Daß der Vater auch durch die Zustimmung des Kindes die Befugniß

das Kind zu Veräußerungen des adventicischen Vermögens nicht anders als mit Einwilligung des Vaters befugt[15], und zu letztwilligen Verfügungen nicht einmal mit dieser[16].

3. Das Genußrecht des Vaters fällt weg[17]: a) wenn dem Kinde von einem Dritten etwas mit dieser Bedingung zugewendet wird[18]; b) wenn der Vater einem von dem Kinde zu machenden Erwerb seine Zustimmung verweigert[19]; c) wenn das Kind mit dem Vater zusammen gesetzlicher Erbe eines Geschwisters wird[20]. — In diesen Fällen hat das Kind das Erworbene zu vollem Recht[21]; nur kann es darüber nicht letztwillig

---

zu Veräußerungen erlangt, sagen die Quellen nicht ausdrücklich, weil sie es als selbstverständlich voraussetzen. Die Gründe, aus welchen Marezoll S. 405 fg. und Vangerow S. 439 diesen Satz leugnen, halte ich nicht für stichhaltig. Vorausgesetzt wird natürlich Handlungsfähigkeit des Kindes, oder Ergänzung derselben, wie sie bei einem nicht unter väterlicher Gewalt Stehenden erforderlich sein würde. Für die hier vertheidigte Meinung auch Seuff. Arch. VIII. 60. — Das Erkenntniß bei Seuff. Arch. III. 335 nimmt an, daß dem Vater auch dann Veräußerung erlaubt sei, wenn sie dem Kinde zu „merklichem Nutzen" gereiche.

[15] L. 8 §. 5 C. de bon. quae lib. 6. 61. Daher haftet das adventicische Vermögen auch nicht für die von dem Kinde neu gemachten Schulden. Fritz Arch. f. civ. Pr. XI S. 29, vgl. aber auch S. 31.

[16] L. 8 §. 5 C. cit., l. 11. 12 C. qui test. 6. 22.

[17] S. g. peculium adventicium extraordinarium oder irregulare. Marezoll S. 409—446, v. Buchholtz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 11, Vangerow I §. 237.

[18] Nov. 117 c. 1. Seuff. Arch. III. 71. 343. XII. 43.

[19] L. 8 pr. C. de bon. quae lib. 6. 61.

[20] Nov. 118 c. 2. — S. noch §. 509 Note 20 a. E. — Ueber die, jedenfalls heutzutage unpraktische, Nov. 134 c. 11 s. Marezoll S. 418—423, v. Buchholtz S. 303—309. — Viele lassen auch in dem Falle der l. 50 D. ad SC. Treb. 36. 1 ein pec. adventicium extraordinarium entstehen; vgl. §. 516 Note 8. — Ueber noch andere Fälle desselben, welche man aufgestellt hat, s. Marezoll S. 423—426, v. Buchholtz S. 310—333, Vangerow S. 443, Sintenis Anm. 47.

[21] Daher kann das pec. adventicium extraordinarium auch wegen der Schulden des Kindes angegriffen werden. Rechtsverhältniß den Gläubigern gegenüber, wenn das Kind zugleich ein pec. castrense oder quasi castrense hat: Fritz Arch. f. civ. Pr. XI S. 34—37. — Vgl. noch Seuff. Arch. XII. 44.

[22] Doch ist dieser Punkt bestritten. Vgl. Vangerow II §. 428 Anm. Nr. II und die daselbst Citirten.

verfügen[22], und im zweiten der genannten Fälle ist ihm auch zur Proceßführung die väterliche Zustimmung in dem oben bei Nr. 1 z. E. angeführten Maße erforderlich, so jedoch, daß der Vater zu dieser Zustimmung richterlich genöthigt werden kann[23]. Bedarf das Kind eines Vormundes, so ist im ersten Falle zunächst darauf zu sehen, ob nicht der Zuwendende einen Vermögensverwalter bezeichnet hat; ist dieß nicht der Fall, oder lehnt der Bezeichnete ab, so hat die Obrigkeit in der Ernennung des Vormundes freie Hand[24]. In den beiden letzten Fällen wird zunächst der Vater zur Vormundschaft berufen; lehnt derselbe ab, so tritt obrigkeitliche Berufung ein[25].

c. Einräumung eines Sondergutes.

§. 518.

Wenn der Vater dem Kinde etwas aus seinem Vermögen zum factisch selbständigen Haben überläßt[1], so haftet er aus den Verpflichtungen des Kindes bis zum Belange des Ueberlassenen. Hiervon ist bereits in §. 484 gehandelt worden. Dagegen ist das Kind zu Veräußerungen des Ueberlassenen nicht ohne Wei-

---

[23] L. 8 pr. C. de bon. quae lib. 6. 61, welche Stelle nothwendigerweise denselben Sinn haben muß, wie §. 3 eod. (Note 7). Auch hier sind übrigens die Ansichten verschieden. S. auf der einen Seite Marezoll S. 442, Vangerow I §. 237 Anm. 2 Nr. 2, Sintenis a. a. O. Anm. 50, auf der andern v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XI S. 180, v. Buchholtz S. 285.

[24] Nov. 117 c. 1. Der Zuwendende kann ausnahmsweise auch die verheirathete Mutter und Großmutter durch seine Bezeichnung zur Vormundschaft fähig machen. S. jedoch auch Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVI S. 81—86. Sintenis Anm. 52 läßt, wenn der Zuwendende keine Bestimmung getroffen hat oder der Ernannte ausschlägt, den Vater als Vormund eintreten, mit Berufung auf l. 7 pr. C. de cur. fur. 5. 70; aber Nov. 117 c. 1 cit. spricht zu bestimmt. Vgl. noch Seuff. Arch. III. 343.

[25] L. 8 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 7 pr. C. de cur. fur. 5. 70. Vgl. §. 432 Note 5.

§. 518. [1] Das eigentliche peculium, das einzige vor der Entstehung des pec. castrense und quasi castrense (§. 516 Note 2), von den Neueren im Gegensatz zu dem s. g. peculium adventicium (§. 516 Note 10) peculium profecticium genannt. — Ueber die Ansicht, daß die römischen Grundsätze über dieses peculium heutzutage unanwendbar seien, s. §. 484 Note 4.

teres befugt[2]; es bedarf dazu einer besonderen Gestattung des Vaters. Dieselbe kann aber auch stillschweigend gegeben werden, und liegt namentlich in der Einräumung der Verwaltung des Ueberlassenen[3]; nur wird eine solche Einräumung regelmäßig nicht dahin ausgelegt werden dürfen, daß dem Kinde auch Schenkungen erlaubt sein sollen[4]. — Andere rechtliche Wirkungen der Ueberlassung eines Sondergutes sind:

1) daß der Vater durch das Kind ohne sein Wissen und Willen Besitz erwirbt[5];

2) daß das Sondergut dem Kinde als eigenes Vermögen bleibt, wenn der Vater es bei der Emancipation nicht zurücknimmt[6]; und ebenso

---

[2] Vgl. hierzu und zum Folgenden überhaupt Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V S. 200 fg. 232 fg.

[3] L. 46 D. de pec. 15. 1, l. 48 §. 1 eod., l. 28 §. 2 D. de pact. 2. 14, l. 34 pr. (vgl. l. 16. 23. 25) D. de nov. 46. 2, l. 84 D. de sol. 46. 3, l. 52 §. 26 D. de furt. 47. 2, l. 10 C. quod cum eo 4. 26. Wenn in einigen dieser Stellen als Voraussetzung der Veräußerungsbefugniß nicht „administratio" überhaupt, sondern „libera administratio" bezeichnet wird, so soll damit nur gesagt sein, daß bei der Einräumung der Verwaltung die Veräußerungsbefugniß nicht ausdrücklich müsse entzogen worden sein. In anderen Stellen wird denn auch von administatio schlechthin, in noch anderen von administratio und libera administratio abwechselnd gesprochen. S. z. B. l. 28 §. 2 D. de pact. 2. 14, l. 3 §. 2 D. de SC° Mac. 14. 6, l. 48 D. de pec. 15. 1. — Auch die Einräumung der Verwaltung selbst kann stillschweigend geschehen. L. 7 §. 1 D. de pec. 15. 1 steht nicht entgegen; diese Stelle will nur sagen, daß die Einräumung der Verwaltung eine Willenserklärung überhaupt voraussetze. Vgl. auch §. 354 Note 15.

[4] L. 28 §. 2 D. de pact. 2. 14, l. 1 §. 1 D. quae res pign. 20. 2, l. 7 pr. — §. 5 D. de don. 39. 5, l. 52 §. 16 D. de furt. 47. 2. Regelmäßig: l. 7 §. 1. 3 D. de don. 39. 5. Den Schenkungen stehen gleich andere Veräußerungen, durch welche ein bloßer Vermögensverlust herbeigeführt wird: l. 3 §. 2 D. de SC° Mac. 14. 6.

[5] S. I §. 155 Note 11. D. h. näher: es wird dem Vater aus dem Besitz des Kindes das Besitzesrecht gegeben (I §. 148 zu Note 10).

[6] Dieser Satz wird durch die gewöhnlich dafür angeführten l. 31 §. 2 D. de don. 39. 5 und l. 17 C. eod. 8. 54 nicht bewiesen: diese Stellen sprechen nur von der Convalescenz der Schenkung durch Nichtzurücknahme der Schenkung bez. des Peculium (vgl. §. 484 Note 1. 4. a. E.). Aber er folgt aus der Analogie des bei der Freilassung eines Sclaven Geltenden (§. 20 I. de leg. 2. 20, l. 53 D. de pec. 15. 1, Vat. fr. 261) und ist direct

3) wenn das Vermögen des Vaters vom Fiscus wegen Schulden mit Beschlag belegt wird[7].[8]

d. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatsachen zwischen Vater und Kind.

§. 519.

Eine Folge der im ursprünglichen römischen Rechte geltenden Vermögensunfähigkeit des Kindes in väterlicher Gewalt war auch die, daß weder durch Rechtsgeschäfte noch durch andere juristische Thatsachen eigentliche Rechtsverhältnisse zwischen dem Vater und dem Kinde erzeugt werden konnten[1]; bloß im natürlichen Sinne konnte von einer Verbindlichkeit zwischen ihnen die Rede sein[2], und nur in außerordentlichen Fällen griff die Gerichtsobrigkeit kraft ihrer Machtvollkommenheit auch zwangsweise ein[3]. Ebensowenig war ein Rechtsstreit zwischen Vater und Kind

---

anerkannt in Vat. fr. 260. Die Beschränkung in Betreff der Ansprüche, welche l. 53 cit. und Vat. fr. 260 hinzufügen, hat nur historische Bedeutung (§. 329 Note 6). — Nichtzurücknahme des peculium bis zum Tode des Vaters bewirkt nur, daß die dem Kinde vom Vater gemachte Schenkung (derjenige Theil des peculium, welcher es durch Schenkung des Vaters an das Kind geworden ist) an das Kind fällt, s. §. 516 Note 17 und l. 12 C. de coll. 6. 20, §. 20 I. de leg. 2. 20, Vat. fr. 261. Marezoll a. a. O. S. 241 fg.

[7] L. 3 §. 4 D. de min. 4. 4. Kämmerer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 4, Marezoll a. a. O. S. 244 fg.

[8] Eine fernere in diesen Zusammenhang gehörige, aber heutzutage nicht mehr anwendbare Bestimmung in Nov. 81 c. 1. Marezoll Arch. f. civ. Pr. VIII S. 281—284.

§. 519. [1] §. 6 I. de inut. stip. 3. 19, l. 2 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 50 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 7 D. de O. et A. 44. 7, l. 16 l. 17 pr. D. de furt. 47. 2. Das Kind konnte dem Vater gegenüber nicht berechtigt sein, weil es überhaupt nicht berechtigt sein konnte; es konnte dem Vater gegenüber nicht verpflichtet sein, weil sein Wille bereits in seiner Totalität dem Vater unterworfen war. S. über die verschiedenen Auffassungen: v. d. Pfordten Abhandlungen S. 113 fg., Rudorff krit. Jahrb. f. deutsche RW. 1842 S. 17 fg., Schwanert Naturalobligat. S. 311 fg., Sintenis III §. 141 Anm. 3.

[2] S. unten Nr. 2.

[3] L. 5 §. 1 D. de agnosc. 25. 3, l. 19 D. de R. N. 23. 2. Vgl. l.

möglich[4]. — Mit der Anerkennung der Vermögensfähigkeit des Kindes ist auch diese Folge weggefallen. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatsachen haben jetzt der Regel nach zwischen Vater und Kind die gleiche Wirkung, wie zwischen Personen, welche durch väterliche Gewalt nicht verbunden sind[5], und nur folgende Ausnahmen gelten.

1. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatsachen, welche darauf gerichtet sind, das Kind aus dem Vermögen des Vaters schlechthin reicher zu machen, erzeugen gar keine juristische Wirkung[6]. Doch kann in dem Abschluß eines Rechtsgeschäftes zu dem

---

16 §. 11 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 32 pr. l. 33 D. de adopt. 1. 7, l. 92 D. de cond. 35. 1; l. 16 D. de ann. 33. 1, l. 17 D. de alim. 34. 1.

[4] L. 4. 11 D. de iud. 5. 1, l. 7 §. 3 D. de iniur. 47. 10.

[5] Dieß ist in den Quellen ausdrücklich anerkannt für das peculium castrense, l. 4 D. de iud. 5. 1, l. 2 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 42 §. 3 D. de acq. her. 29. 2, l. 52 §. 4—6 D. de furt. 47. 2, l. 15 §. 1. 2 D. de castr. pec. 49. 17, l. 2 D. de SC° Mac. 14. 6. Es ist zwar nicht anerkannt für den adventicischen Erwerb; aber der Grund davon kann nur in der Nachlässigkeit der Compilatoren, oder darin gefunden werden, daß sie die Mühe der Aenderung gescheut haben. In der That ist nach dem neuesten römischen Recht das Kind in väterlicher Gewalt als solches, abgesehen von Ausnahmefällen, ganz in gleichem Grade vermögensfähig, wie es in früherer Zeit bloß der filiusfamilias miles war — ja in noch höherem Grade, da ja das pec. castrense der Strenge des Rechtes nach nicht aufhörte, Vermögen des Vaters zu sein; folglich müssen auch Rechtsverhältnisse zwischen dem Kinde als solchem und dem Vater in derselben Weise möglich sein, wie sie bereits früher zwischen dem filiusfamilas miles und dem Vater möglich waren. Man darf auch nicht entgegnen, daß nach neuestem Recht zwischen dem Vater und dem Kinde als solchem Rechtsverhältnisse jedenfalls nur ex causa adventicia möglich seien, wie früher zwischen dem Vater und dem filiusfamilas miles nur ex causa castrensi (l. 15 §. 1. 2 D. de castr. pec. 47. 17): denn causa adventicia ist eben eine jede, die nicht castrensis oder ex re patris ist (Note 6). Uebrigens hat auch das römische Recht die Nothwendigkeit der causa castrensis für den filiusfamilas miles in Betreff der Verpflichtungen desselben nicht festgehalten, l. 52 §. 5 D. de furt. 47. 2. — Das hier Gesagte ist jedoch weit davon entfernt, allgemein anerkannt zu sein. Andere, und unter den Civilisten wohl die Meisten, bleiben bei dem unmittelbaren Inhalt des römischen Rechtes stehen. S. die Citate §. 289 Note 27. Aus der Praxis: Seuff. Arch. I. 353, XIV. 44, XVII. 255, XIX. 160; III. 333. XIII. 267; VII. 195, IX. 44. 304, XV. 30.

[6] S. §. 516 Nr. 3. Ueber die Meinung, welche für das heutige Recht auch diese Beschränkung fallen lassen will, s. §. 484 Note 2 u. 4.

bezeichneten Zwecke möglicherweise die Einräumung eines Sondergutes, oder die Vermehrung eines eingeräumten liegen[7].

2. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatsachen, welche eine specielle Beziehung auf ein dem Kinde eingeräumtes Sondergut haben, erzeugen nur eine natürliche Verbindlichkeit, welche, an das Sondergut gebunden[8], ihre Wirkung darin zeigt, daß sie: a) bei der Berechnung des Sondergutes activ und passiv berücksichtigt werden muß[9]; b) daß sie eine genügende Grundlage für Bürgschaft, Pfandrecht, Erfüllungsversprechen und Novation bildet[10].

II. Geltendmachung der älterlichen und Kindesrechte.

§. 520.

1. Ihre Erziehungsgewalt den Kindern gegenüber setzen die Aeltern zunächst durch eigene Macht durch; im Nothfall können sie auch den Richter um Unterstützung anrufen[1]. — Die vermögensrechtlichen Ansprüche der Aeltern gegen die Kinder und umgekehrt werden in der gewöhnlichen Weise durch Klage geltend gemacht[2]. — Auch dann tritt richterliche Cognition ein, wenn das Verhältniß von der einen oder der andern Seite bestritten ist[3]. — Für das Kind kann auch die Mutter auf Anerkennung und Alimentation klagen[4]. Dabei gilt folgendes Besondere: wenn eine Frau nach der Scheidung sich schwanger fühlt und dieß dem Manne binnen eines Monats anzeigt, und der Mann darauf weder die Schwangerschaft bestreitet noch der Frau eine Aufsicht bestellt, so kann die Frau für das von ihr geborene Kind trotz

---

[7] S. §. 484 Note 2 u. 4 a. E.

[8] L. 38 pr. §. 1. 2 D. de cond. ind. 12. 6. Vgl. §. 289 Note 26.

[9] S. darüber §. 289 Note 24.

[10] S. §. 289 Note 25.

§. 520. [1] L. 3 C. de patr. pot. 8. 47. Vgl. übrigens auch Kraut Vormundsch. II S. 621—622.

[2] S. z. B. l. 5 pr. D. de agnosc. 25. 3.

[3] L. 3 §. 4 D. de lib. exh. 43. 30, l. 1 §. 2 D. de R. V. 6. 1; l. 4 D. de lib. exh., l. 1 C. eod. 8. 8; l. 3 §. 2 D. de iurei. 12. 2, l. 8 D. de prob. 22. 3.

[4] L. 1 §. 16 l. 2 l. 3 D. de agnosc. 25. 3.

der Nichtanerkennung des Mannes Alimente verlangen, bis dieser nachweist, daß das Kind nicht sein Kind sei[5].

2. Den Aeltern erwächst aus dem älterlichen Verhältnisse auch gegen Dritte, welche ihnen ihre Kinder gegen deren Willen vorenthalten, ein durch Klage geschützter Anspruch auf Herausgabe der Kinder[6].

3. Fürchtet ein Mann nach der Scheidung, daß die Frau ihm ein Kind, mit welchem sie schwanger geht, entziehe, so kann er verlangen, daß die Frau eine von ihm bestellte Aufsicht annehme, und wenn die Frau die Schwangerschaft bestreitet, daß die Schwangerschaft durch Sachverständige festgestellt werde. Die Weigerung der Frau wird durch Geldstrafen und Pfändung gebrochen[7].

---

[5] Nach der Vorschrift des SC. Plancianum. l. 1 D. de agnosc. 25. 3. Glück XXVIII S. 86—106, Sintenis III S. 87—88. Der Ausdruck der Quellen ist: der Mann werde zur Anerkennung gezwungen, jedoch nur was die Alimentation angehe, §. 4. 14. 15 l. cit. Daß der Mann dieser Nothwendigkeit entgeht durch Bestreitung der Schwangerschaft oder Bestellung einer Aufsicht: §. 4 l. c.; §. 11 eod. sagt nicht das Gegentheil, und ebenso wenig Paul. S. R. II. 24 §. 5, in welcher Stelle die richtige Lesart ist „quo omisso" (statt „quibus missis", s. die Huschke'sche Ausgabe). A. M. Glück S. 99, Sintenis Anm. 21. Möglichkeit für den Mann, sich auch von der Alimentationsverbindlichkeit durch Gegenbeweis zu befreien: l. 6 D. h. t. Anzeige binnen eines Monats nach der Scheidung: § 7. 9. 10 l. c. Durch Zurückweisung der vom Manne bestellten Aufsicht verliert die Frau wieder den bezeichneten Vortheil: §. 6 l. c. Daß die unterlassene Anzeige dem Kinde keinen weiteren Schaden bringt: §. 6. 8. 13. 15 l. c.

[6] Das römische Recht stellte zu diesem Ende dem Inhaber der patria potestas sowohl eine vindicatio zu Gebot (l. 1 §. 2 D. de R. V. 6. 1), als zwei Interdicte, de liberis exhibendis und de liberis ducendis, von denen das zweite das erste ergänzt, — Dig. 43. 30, Cod. 8. 8. Der Mutter wurde „ad instar" dieser Interdicte geholfen, l. 2. 3. C. tit. cit. Befugniß des Richters, bei Impubertät des Kindes den Proceß bis zur erreichten Pubertät auszusetzen: l. 3 §. 4 D. tit. cit. Möglichkeit provisorischer Verfügung für die Dauer des Processes: l. 3 §. 6 eod.

[7] L. 1 pr. — §. 9 D. de inspiciendo ventre custodiendoque partu 25. 4. Glück XXVIII S. 301—311. — Zu Vorsichtsmaßregeln gegen den umgekehrten Fall der Unterschiebung eines Kindes ist der Mann nur nach dem Recht des SC. Plancianum befugt, s. Note 5 und speciell l. 1 §. 6 D. de agnosc. 25. 3. Dagegen ist noch eine besondere Vorschrift zu Gunsten der Erben des Mannes gegeben: sie können verlangen, daß die Wittwe, welche

III. Entstehung der älterlichen und Kindesrechte.

A. Durch Geburt.

§. 521.

Ein Kind hat zur Mutter die Frau, welche es geboren hat, zum Vater den Ehemann der Mutter zur Zeit der Conception. Daraus folgt, daß uneheliche Kinder keinen Vater haben[1]. Hiervon gilt jedoch nach der Vorschrift des canonischen Rechtes eine Ausnahme für die aus einer putativen Ehe geborenen Kinder[2].

Ist der Vater eines Kindes selbst noch der väterlichen Gewalt unterworfen, so stehen die Rechte der väterlichen Gewalt nicht dem Vater des Kindes zu, sondern dem Vater ꝛc. des Vaters[3].

B. Durch Legitimation*.

§. 522.

Die Legitimation ist ein Mittel, durch welches der Erzeuger eines unehelichen Kindes[1] demselben die rechtliche Stellung eines

---

schwanger zu sein behauptet, sich untersuchen lasse (römisches Recht: durch Frauen, aber „dum ne qua earum dum inspicit invita muliere ventrem tangat"!) und sich bei der Geburt einer genau vorgeschriebenen Beaufsichtigung unterwerfe — bei Strafe des Verlustes der missio ventris nomine für sich und der bonorum possessio Carboniana für das Kind. L. 1 §. 10—15 l. 2 D. de insp. ventre 25. 4. Glück XXXVIII S. 312—329.

§. 521. [1] S. I §. 56b Note 1—4.

[2] S. a. a. O. Note 5.

[3] L. 4. 5 D. de his qui sui 1. 6, pr. I. quib. mod. ius 1. 12.

* Glück II S. 279—338, Heimbach in Weiske's RLex. XII S. 17 fg.

§. 522. [1] Ueber die Streitfrage, ob nach römischem Recht die Legitimation bloß bei Concubinenkindern zuläßig gewesen sei, oder auch bei anderen unehelichen Kindern, s. Schneider Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII S. 336—369, Vangerow §. 254 Anm. Es ist schwer zu begreifen, wie diese Frage dem Hauptgesetz in unserer Lehre, der Nov. 89, gegenüber nur hat aufgeworfen werden können. In diesem Gesetz ist mit vollkommener Deutlichkeit entschieden, daß die leg. per oblationem curiae bei allen unehelichen Kindern zuläßig sein solle (c. 1 pr. c. 2 sqq.), dagegen die leg. per subsequens matrimo-

ehelichen verschaffen kann. Die Legitimation kann erfolgen:[2] 1) durch Eingehung der Ehe mit der Mutter, vor oder nach der Geburt des Kindes, vorausgesetzt jedoch ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung desselben[3]; 2) wenn der Vater keine ehelichen Kinder hat, durch Erwirkung eines landesherrlichen Rescripts[4]. Hat der Vater in seinem Testament erklärt, das

---

nium und die sich daran anschließende leg. per rescriptum principis nur bei Concubinenkindern (c. 8—10). Für das heutige Recht ist diese Beschränkung durch den Wegfall des Concubinats als Rechtsinstituts, und durch c. 1. 6. 13 X. qui filii sint legitimi 4. 17, beseitigt.

[2] Außer den im Folgenden genannten Legitimationsarten kannte das römische Recht noch eine legitimatio per oblationem curiae, Nov. 89 c. 2—4. S. über dieselbe Zimmern Gesch. d. röm. Privatr. I. 2 §. 219 Note 20 fg. und die daselbst Citirten, Schirmer röm. Erbr. I §. 12 Note 7. Ueber die s. g. legitimatio per nuncupationem s. Note 7.

[3] L. 10. 11 C. de nat. lib. 5. 27, Nov. 74 pr., 89 c. 8. Ueber §. 13 i. f. I. de nupt. 1. 10, welche Stelle jedenfalls keinerlei sachliche Schwierigkeit zu erregen im Stande ist, s. Vangerow §. 255 Anm. 3. — „Vor der Geburt des Kindes": das Kind wird in der Ehe geboren, aber ist vor der Ehe concipirt. Dieser Fall wird sowohl in l. 11 C. cit., als in Nov. 89 c. 8 ausdrücklich berücksichtigt. Seuff. Arch. I. 163, X. 10. — Das römische Recht verlangt für die Ehe dotalia instrumenta; heutzutage genügt die nach heutigem Recht vorgeschriebene Form der Ehe. Glück S. 301 fg. — In Betreff der Anerkennung s. noch Sintenis III §. 138 Anm. 47. — Daß durch nachfolgende Ehe auch Kinder legitimirt werden können, welche aus Ehebruch geboren sind, ist nicht allgemein anerkannt. Der Zweifelsgrund liegt in c. 6 X. qui filii sint leg. 4. 17, welche Stelle sich aber vollkommen daraus erklärt, daß nach dem Rechte ihrer Zeit die Ehe zwischen Ehebrecher und Ehebrecherin verboten war. S namentlich Dieck Beiträge zur Lehre von der nachfolgenden Ehe S. 143 fg., auch Vangerow §. 255 Anm. 2. Seuff. Arch. I. 352, V. 188, XIII. 43, XV. 227, XVIII. 261. — Ueber die sehr willkührliche Meinung, daß die Legitimation durch nachfolgende Ehe ausgeschlossen sei, wenn die Ehe zwischen den Aeltern nicht zur Zeit der Zeugung möglich war, s. Thibaut Versuche I. 10, Vangerow §. 255 Anm. 1.

[4] Nov. 74 pr. c. 1. 2, 89 c. 9. Diese Legitimationsart ist auf den Fall berechnet, daß die Ehe mit der Mutter dem Manne nicht möglich, oder nicht zuzumuthen ist. Daß sie Abwesenheit ehelicher Kinder voraussetze, ist in den genannten Gesetzen ausdrücklich bestimmt. Wie aber, wenn der Landesherr sich über dieses Erforderniß hinwegsetzt? Für die Gültigkeit einer solchen Legitimation sind Glück S. 311. 317 fg., Puchta §. 440, Arndts §. 421 Anm. 3, Vangerow §. 256 Anm. 1, Sintenis III §. 138 Anm. 51, Schirmer röm. Erbr. I §. 12 Note 5. Aber diese Meinung ist m. E. nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt, daß der Landesherr unbeschränktes Ge-

Kind solle ehelich und sein Erbe sein, so kann auch das Kind selbst nach dem Tode des Vaters ein solches Rescript erwirken[5]. In allen anderen Fällen setzt die Legitimation Nichtwiderspruch des Kindes voraus[6].

Die bloße Anerkennung macht das uneheliche Kind nicht zu einem ehelichen[7].

C. Durch Adoption*.

1. Begriff und Erfordernisse.

§. 523.

Adoption ist Annahme an Kindes Statt[1]. Die Adoption

---

setzgebungsrecht hat. — Zulässigkeit dieser Legitimation bei adulterini: Seuff. Arch. III. 65, XIII. 42, XIV. 239. — Ueber die s. g. legitimatio minus plena, durch welche bloß der Makel unehelicher Geburt weggenommen werden soll, s. Glück S. 284—285. 321—323.

[5] Nov. 74 c. 2, 80 c. 16; s. g. legitimatio per testamentum. Dieselbe ist aber nicht mehr ein Mittel zur Begründung von älterlichen und Kindesrechten, sondern nur ein Mittel zur Begründung von Erbrecht. Vgl. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 78—93; dazu aber auch Vangerow §. 256 Anm. 2, Sintenis Anm. 49.

[6] Nov. 89 c. 11. C. 6 X. qui filii sint leg. 4. 17. hat das römische Recht nicht abändern, sondern wiederholen wollen.

[7] Man hat auf Nov. 117 c. 2 eine s. g. legitimatio per nuncupationem gegründet. Aber diese Stelle spricht jedenfalls nicht von der Erklärung, daß das Kind von dem Erklärenden erzeugt sei, sondern von der Erklärung, daß das Kind von dem Erklärenden in der Ehe erzeugt sei; und sie behandelt diese Erklärung nicht als Disposition, sondern als Zeugniß (testimonium, *μαρτυρία*), weßwegen sie auch die zu Gunsten eines Kindes abgegebene Erklärung allen Kindern zu Gute kommen läßt, und hinzufügt, daß durch die Erklärung zu Gunsten des Kindes auch der Beweis der Ehe hergestellt sei. A. M. noch jetzt, jedoch nicht für das heutige Recht, Schirmer röm. Erbr. I §. 12 Note 6. Seuff. Arch. V. 189. Ohne Berufung auf Nov. 117 c. 2 nimmt für die Anerkennung eines unehelichen Kindes eine constitutive Wirkung in Anspruch Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 184; anders Bähr Anerkennung S. 186 fg. (204 fg.). S. auch §. 412[a] a. E.

§. 523. * Inst. 1. 11 de adoptionibus. Dig. 1. 7 de adoptionibus *cet.* Cod. 8. 48 de adoptionibus. — Schmitt die Lehre von der Adoption (1825). Glück II S. 339—391; Sintenis III §. 139.

[1] Nach ihrer ursprünglichen Bedeutung im römischen Recht ist die Adoption nicht ein Mittel zur Begründung des Kindesverhältnisses schlechthin, son-

eines Menschen, welcher nicht unter väterlicher Gewalt steht, heißt speciell Arrogation[2].

1. Die Arrogation geschieht durch landesherrliches Rescript[3], die Adoption im engeren Sinne durch Rechtsgeschäft zwischen dem Inhaber der väterlichen Gewalt und dem Adoptivvater, welches Rechtsgeschäft in Gegenwart des Kindes zu gerichtlichem Protokoll erklärt werden muß[4]. Bei der Arrogation ist ausdrückliche Zustimmung des Kindes bez. seines Vormundes erforderlich; bei der Adoption im engeren Sinn genügt Nichtwiderspruch[5].

2. Die materiellen Erfordernisse der Adoption sind folgende[6].

a. Adoptiren können regelmäßig nur Männer: bloß ausnahmsweise wird Frauen die Adoption dann gestattet, wenn sie eigene Kinder gehabt und verloren haben; es bedarf dazu aber eines landesherrlichen Rescriptes[7]. Adoptiren kann ferner Niemand, der seinerseits unter väterlicher Gewalt steht[8]. Sodann muß der Adoptirende um wenigstens 18 Jahre älter, als der zu Adoptirende[9], und darf nicht Castrat sein[10].

---

dern ein Mittel zur Begründung der väterlichen Gewalt. Das spätere römische Recht kennt aber Fälle, in denen durch die Adoption Kindesverhältniß ohne väterliche Gewalt begründet wird. Andererseits kann auch noch nach neuestem römischen Rechte Jemand, welcher bereits Kind ist, zum Zweck der Begründung der väterlichen Gewalt adoptirt werden, l. 12. 41 D. h. t. Aus diesen Gründen läßt sich eine erschöpfend richtige Definition der Adoption ohne große Weitläufigkeit nicht geben. — Der Ausdruck: Annahme an Kindes Statt ist im weiteren Sinne zu verstehen; es kann Jemand auch als Enkel adoptirt werden. L. 6. 10. 11. 37. 43. 44 D. h. t., l. 23 §. 1 D. de lib. et post. 28. 2. — Die Adoption ist heutzutage seltener als bei den Römern; aber sie ist nicht unpraktisch. Vgl. Glück S. 389 fg., Kraut Vormundsch. II S. 642.

[2] L. 1 §. 1 D. h. t.

[3] §. 1 I. h. t., l. 2 pr. D. h. t., l. 2. 6. 8 C. h. t. Aelteres Recht: Gai. I. 98. 99.

[4] L. 11 C. h. t. Erklärung des Willens durch einen Andern ist unzulässig, l. 25 §. 1 D. h. t. Vgl. noch Sintenis Anm. 21. — Aelteres Recht: Gai. I. 134. Vgl. Vangerow §. 251 Anm.

[5] L. 5. 8. 42 D. l. 11 C. h. t., l. 5 C. de auct. 5. 59.

[6] Vgl. v. Buchholtz Abhandlungen Nr. 15, Vangerow §. 249 Anm. 1.

[7] L. 5 C. h. t., §. 10 I. h. t. L. 29 §. 3 D. de inoff. 5. 2 ist interpolirt. Vgl. überhaupt Lang Arch. f. civ. Pr. XXXI S. 451—454.

[8] Es kann ihm aber mit seiner Zustimmung durch seinen Vater &c. ein Enkel adoptirt werden, §. 7 I. h. t., l. 6. 10. 11 D. h. t.

[9] §. 4 I. h. t., l. 40 §. 1 D. h. t. Als Grund wird angegeben, daß

b. Nicht adoptirt werden können uneheliche Kinder[11].

c. Die Adoption kann nicht auf Zeit geschehen[12], und kann nicht wiederholt werden[13].

d. Die Arrogation[13a] speciell wird, abgesehen von besonderen Umständen, nicht bewilligt, wenn derjenige, welcher arrogiren will, eigene Kinder hat[14], oder noch in der Lage ist, sich eigene Kinder zu erzeugen[15]; außerdem wird es nicht gestattet, mehr als Einen zu arrogiren[16]. Vor Allem aber wird darauf gesehen, ob nicht die Interessen des zu Arrogirenden unter der Arrogation leiden, und mit besonderer Sorgfalt wird diese Untersuchung gepflogen, wenn es sich um die Arrogation eines Unmündigen handelt[17]. —[18]

„adoptio . . naturam imitatur". S. auch l. 16 D. h. t. Dieß ist aber kein durchgreifendes Princip. l. 2 §. 1 l. 30 l. 37 l. 40 §. 2 D. h. t.

[10] §. 9 I. h. t. Andere Zeugungsunfähige sind nicht ausgeschlossen, l. 2 §. 1 l. 30 l. 37 l. 40 §. 2 D. h. t. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. 1.

[11] Nov. 74 c. 3, Nov. 89 c. 7. 11 §. 2. Vangerow Nr. 5, Sintenis Anm. 18. A. M. Seuff. Arch. XIX. 159.

[12] L. 34 D. h. t.: — „nec enim moribus nostris convenit, filium temporalem habere".

[13] L. 37 §. 1 D. h. t. Vgl. l. 12 l. 41 eod., l. 23 pr. D. de lib. et post. 28. 2.

[13a] Gegen die Ausdehnung der im Folgenden genannten Bestimmungen auf die Adoption im engeren Sinne s. Vangerow §. 249 Anm. 1 a. E., Sintenis Anm. 24.

[14] L. 17 §. 3 D. h. t.

[15] Als Lebensgrenze wird das 60. Jahr bezeichnet. L. 15 §. 2 D. h. t., l. 17 §. 3 eod.

[16] L. 15 §. 3 D. h. t.

[17] Im Einzelnen wird gesehen: a) auf den Grund der Arrogation, und deßwegen wird speciell dem Vormund die Arrogation nicht vor abgelegter Vormundschaftsrechnung gestattet, §. 3 I. h. t., l. 17 pr. §. 1 vgl. l. 32 §. 1 D. h. t.; b) auf die Moralität desjenigen, welcher arrogiren will, sowie auf seine Vermögensverhältnisse, l. 17 §. 2. 4 D. h. t. — Die Quellen sprechen nur vom impubes; aber es ist gewiß gerechtfertigt, ihre Bestimmungen auf den minor zu übertragen, welcher heutzutage ebenso nothwendig unter Vormundschaft steht, wie der impubes.

[18] L. 38 D. h. t. „Adoptio non iure facta a principe confirmari potest". L. 39 eod. Vgl. dazu Sintenis Anm. 34.

2. Wirkung.

§. 524.

Es ist zu unterscheiden zwischen der Adoption durch einen Mann, und der Adoption durch eine Frau.

1. Die Adoption durch einen Mann hat entweder die volle Wirkung, oder sie hat die volle Wirkung nicht[1].

a. Die volle Wirkung tritt ein: bei der Arrogation immer; bei der Adoption im engeren Sinne nur dann, wenn das Kind einem leiblichen Ascendenten in Adoption gegeben wird, ausgenommen jedoch wieder den Fall, wo der Enkel bei Lebzeiten seines Vaters in Adoption gegeben wird[2].

b. Die volle Wirkung der Adoption besteht darin, daß das Kind zum Vater in das rechtliche Verhältniß eines von ihm Erzeugten tritt[3]. Namentlich wird dadurch auch die väterliche Gewalt mit den ihr eigenthümlichen vermögensrechtlichen Folgen begründet[4]. Doch vermag die Arrogation eines Geschlechtsunreifen für den Fall, daß derselbe vor erreichter Geschlechtsreife stirbt,

---

[1] S. g. adoptio plena — minus plena. Die adoptio minus plena ist erst durch Justinian in l. 10 C. h. t. eingeführt worden. §. 524.

[2] L. 10 C. cit., §. 2 I. h. t. S. darüber v. Löhr Magaz. f. RW. u. Gesetzgeb. III. 11, Lang Arch. f. civ. Pr. XXI S. 419 fg., Vangerow §. 250 Anm., Sintenis Anm. 20. Die im Text bezeichnete Ausnahme ist enthalten in §. 4 der cit. l. 10. Stirbt der Vater ꝛc. bei Lebzeiten des Enkels ꝛc., so wird dadurch die adoptio plena zu einer minus plena. Vgl. v. Löhr S. 393. 394, Lang S. 429 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 3. — Ueber die Frage, ob die Regel auch für den Fall gilt, wo der in Adoption gebende Vater selbst ein Adoptivvater ist, s. v. Löhr S. 391 Note 3, Büchel Streitfragen aus Nov. 118 S. 39 Note 6, Vangerow a. a. O. Nr. 2, Schirmer röm. Erbr. I §. 11 Note 10.

[3] Daher nimmt das Kind den Namen und Stand des Adoptivvaters an, l. 13 D. h. t. Jedoch: „per adoptionem dignitas non minuitur, sed augetur", l. 35 D. h. t. Vgl. Glück II S. 362. 390.

[4] Pr. §. 10 I. h. t., l. 2 §. 2 l. 15 pr. D. h. t., tit. I. de acquis. per arrogationem 3. 10. Ueber die Behauptung, daß bei der Adoption im engeren Sinne der Adoptivvater nicht den Nießbrauch am Vermögen des Kindes erwerbe (v. Wening-Ingenheim Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 17, Marezoll XIII S. 172 fg. 212 fg., Sintenis III §. 139 Anm. 39, Arndts §. 433 Anm. 4) s. Fuhr in Fuhr und Hoffmann civ. Versuche Nr. 2, Vangerow I §. 236 Anm. 3.

sein Vermögen denjenigen Personen nicht zu entziehen, welche es ohne die Arrogation erhalten haben würden, und der Vater muß für die Herausgabe des Vermögens an diese Personen Sicherheit stellen[5]. — Zu den Verwandten des Adoptivvaters tritt das Adoptivkind in ein Verwandtschaftsverhältniß, soweit sie Agnaten des Vaters sind[6], jedoch nur für die Dauer der Adoption[7].

c. Wo die Adoption nicht die volle Wirkung hat, erzeugt sie zwischen dem Adoptivvater und dem Adoptivkinde nicht das Verhältniß der väterlichen Gewalt, sondern nur ein natürliches Kindesverhältniß, welches aber kein Notherbenrecht des Adoptivkindes gegen den Adoptivvater, und zwischen dem Adoptivkinde und den Verwandten des Adoptivvaters kein für das Erbrecht irgendwie in Betracht kommendes Verwandtschaftsverhältniß begründet[8].

---

[5] L. 17 §. 5 — l. 22 D. h. t., §. 3 I. h. t. Dieser Satz war im älteren römischen Recht wichtiger, als er im neueren ist, wo das Vermögen des Arrogirten nicht mehr Eigenthum des Arrogirenden, sondern peculium adventicium wird. Doch ist er auch für das heutige Recht nicht ohne Bedeutung: er schließt jedes Erbrecht des Arrogirenden aus und bewirkt, daß derselbe das pec. adventicium nach dem Tode des Kindes unbedingt herausgeben muß (vgl. §. 525 Note 21); er hält eine von dem früheren Vater für das Kind gemachte Pupillarsubstitution aufrecht; er verpflichtet endlich den Arrogirenden zu einer Sicherheitsleistung, von welcher der Vater sonst frei ist (§. 517 Note 4). — Die Sicherheit (Bürgschaft) wurde nach römischem Recht „personae publicae, h. e. tabulario" (§. 3 I. h. t., vgl. l. 18 D. h. t. und l. 3 C. de tabul. 10. 69, Schirmer röm. Erbr. I §. 11 Note 18), heutzutage wird sie dem Gericht bestellt. Vgl. auch Schirmer a. a. O. S. 203. 204. — Ueber den Anspruch des arrogirten impubes auf die s. g. quarta D. Pii s. das Erbrecht.

[6] L. 23 D. h. t., l. 1 §. 4 D. unde cogn. 38. 8, l. 4 §. 10 D. de gradibus 38. 10. Sintenis Anm. 35 läßt das Adoptivkind in Verwandtschaft nur zu den in der Gewalt des Adoptivvaters befindlichen Descendenten desselben treten. S. dagegen Arndts §. 425 Anm. 1, Schirmer röm. Erbr. I §. 12 Note 26.

[7] L. 13 D. h. t., §. 10 I. de her. quae ab int. 3. 1, Gai. II. 136. Anders in Betreff der Eheverbote: l. 14 pr. §. 1 l. 55 pr. D. de R. N. 23. 2. Vgl. auch Schirmer röm. Erbr. I §. 11 Note 27.

[8] L. 10 C. h. t. Diese Stelle steht ganz auf dem erbrechtlichen Standpunkt, und nur in Zusammenhang mit dem, was sie über das Erbrecht bestimmt, fügt sie hinzu, daß der minus plene adoptatus nicht für den Adop-

2. Die Adoption durch eine Frau bringt das Kind in die rechtliche Stellung eines von ihr geborenen Kindes, begründet aber kein Verwandtschaftsverhältniß zwischen dem Adoptivkinde und ihren Verwandten[9].

IV. Beendigung der älterlichen und Kindesrechte.

§. 525.

1. Die Pflicht der Kinder zur Ehrfurcht und Pietät gegen die Aeltern dauert fort, so lange die Aeltern leben. Ebenso erstreckt sich die gegenseitige Alimentationsverbindlichkeit der Aeltern und Kinder über das ganze Leben[1].

2. Die Erziehungsgewalt der Aeltern hört auf, sobald die Kinder der Erziehung entwachsen sind[2]. Außerdem kann die Erziehungsgewalt den Aeltern wegen Pflichtverletzung oder Unfähigkeit durch Richterspruch entzogen werden[3]. Ferner verliert der

---

tivvater, sondern für den leiblichen Vater erwerben solle, wie er ja auch in seiner Familie das volle Erbrecht behalte. Daß zwischen ihm und dem Adoptivvater kein Respectsverhältniß eintreten solle, hat sie gewiß nicht bestimmen wollen, und deßwegen ist auch nicht anzunehmen, daß sie die gegenseitige Alimentationsverbindlichkeit hat ausschließen wollen; ebenso wenig wahrscheinlich ist es, daß sie das Adoptivkind der Erziehungsgewalt des Adoptivvaters hat entziehen wollen, womit doch offenbar gegen die Intention der Parteien verstoßen werden würde. S. auch Burchardi Arch. f. civ. Pr. VIII S. 183, Sintenis III S. 127. Daß die adoptio minus plena ein Ehehinderniß in gleichem Maße begründet, wie die adoptio plena, führt aus Lang Arch. f. civ. Pr. XXI S. 419 fg.

[9] Das Erste folgt aus l. 5 C. h. t.: — „et eum perinde atque ex te progenitum ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus". Von der anderen Seite spricht das Gesetz auch nur von dem Verhältniß zwischen dem Kinde und der Adoptivmutter, und für eine ausdehnende Auslegung ist kein Anhalt vorhanden. Lang a. a. O. S. 454, Schirmer röm. Erbr. I §. 11 Note 22.

nullum ex pristino retinetur vestigium

[1] Gilt dieß auch für Adoptivkinder nach aufgelöster väterlicher Gewalt? §. 525.
S. einerseits l. 13 D. de adopt. 1. 7, andererseits l. 14 pr. l. 55 pr. D. de R. N. 23. 2, und vgl. Puchta §. 445 Nr. 2 a. E. Seuff. Arch. IX. 303.

[2] Dieser Satz ist in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt, aber folgt aus der Natur der Sache. S. jedoch auch Kraut Vormundsch. II S. 665.

[3] L. 1 §. 3 l. 3 §. 5 D. de lib. exh. 43. 30. S. auch l. 5 D. si a parente 37. 12. Diese Stellen sprechen nur von dem Vater; aber es kann

Vater sie, wenn ihm die väterliche Gewalt zur Strafe genommen wird[4], die Mutter durch Wiederverheirathung[5]. Endlich hört die Erziehungsgewalt der Aeltern durch Adoption des Kindes auf[6].

3. Die väterliche Gewalt nach ihrer vermögensrechtlichen Seite[7] hat folgende Beendigungsgründe[8].

a. Emancipation, d. h. Entlassung des Kindes aus der väterlichen Gewalt durch Willenserklärung des Vaters[9]. Die Emancipation darf nicht formlos[10], sondern muß entweder vor Gericht in Gegenwart des Kindes[11], oder durch Erwirkung eines landesherrlichen Rescriptes geschehen; im letzten Falle muß das Kind, wenn es nicht noch im Kindesalter ist, seine Zustimmung

---

keinem Zweifel unterliegen, daß für die Mutter nach dem Tode oder bei sonstigem Ausschluß des Vaters das Gleiche gelten muß. S. auch l. 1 C. ubi pup. 5. 49.

[4] S. Note 18. Burchardi Arch. f. civ. Pr. VIII S. 270.

[5] L. 1 C. ubi pup. 5. 49, Nov. 22 c. 38. Doch bleibt es der Obrigkeit, welche lediglich das Beste des Kindes zur Richtschnur zu nehmen hat, unbenommen, die Mutter in der Erziehung zu erhalten. Vgl. Glück XXIV S. 206, Rudorff Vormundsch. II S. 253, Sintenis III §. 140 Anm. 15.

[6] Durch die Arrogation und die adoptio plena wird das Kind einer fremden väterlichen Gewalt unterworfen, welche die Erziehungsgewalt sowohl des bisherigen Vaters, als der Mutter ausschließt. Ueber die adoptio minus plena und die Adoption durch eine Frau s. §. 524 Note 8. 9. — Die Emancipation hebt die Erziehungsgewalt des Vaters nicht auf, weil er sich durch dieselbe seiner Erziehungspflicht nicht entledigen kann.

[7] Soweit die väterliche Gewalt Erziehungsgewalt ist, gelten von ihr die Grundsätze unter Nr. 2.

[8] Die gleichen Beendigungsgründe hat natürlich die Gewalt des Großvaters rc. Nur wird durch die Beendigung der Gewalt des Großvaters rc. das Kind nicht nothwendigerweise gewaltfrei. Pr. I. quib. mod. ius 1. 12, l. 5 D. de his qui sui 1. 6, l. 10 D. de adopt. 1. 7. Vgl. Arndts §. 427.

[9] Die Emancipation ist in Deutschland nicht unanwendbar, aber selten. Sie war bei den Römern berechnet auf den Fall, wo das Kind die Möglichkeit erlangt hatte, für sich selbst zu sorgen, und damit hört heutzutage die väterliche Gewalt von selbst auf. Vgl. Glück II S. 432, Kraut Vormundschaft II S. 643. Seuff. Arch. III. 268.

[10] L. 3 C. de emanc. 8. 49. Stillschweigende Emancipation? L. 1 C. de patr. pot. 8. 47, l. 25 D. de adopt. 1. 7. Vgl. Arndts §. 426 Anm. 3, Heimbach in Weiske's RLex. VIII S. 34 Note 164.

[11] S. g. emancipatio Iustinianea. L. 11 C. de emanc. 8. 49, §. 6 I. quib. mod. ius 1. 12. Aelteres Recht: Gai. I. 132, Ulp. X. 1.

hinterher vor Gericht erklären[12]. In gewissen Fällen kann der Vater zur Emancipation gezwungen werden[13]. Andererseits kann er Wiederaufhebung der Emancipation begehren, wenn das Kind sich gröblich gegen ihn verfehlt[14]. Durch die freiwillige Emancipation verliert der Vater den Nießbrauch an dem bis dahin erworbenen Vermögen des Kindes nur zur Hälfte[15].

b. Hingabe des Kindes in volle Adoption[16]. Gibt der Vater sich selbst in Adoption, so geht die Gewalt über seine Kinder auf den Adoptivvater über[17].

c. Von selbst hört die väterliche Gewalt auf:

α) in gewissen Fällen zur Strafe des Vaters[18];

---

[12] S. g. emancipatio Anastasiana. L. 5 C. de emanc. 8. 49. — Im ersten Fall (Note 11) liegt die Zustimmung des Kindes in seinem Nichtwiderspruch. Gegen den Willen des Kindes kann die Emancipation nicht erfolgen, Paul. S. R. II. 25 §. 5, Nov. 89 c. 11 pr. Die Behauptung, daß diese Regel bei Adoptivkindern eine Ausnahme erleide, läßt sich aus l. 10 pr. C. de adopt. 8. 48, §. 3 I. eod. 1. 11, l. 132 pr. D. de V. O. 45. 1, auf welche Stellen man diese Ausnahme gestützt hat, nicht rechtfertigen. v. Buchholtz Abhandl. Nr. 17, Sintenis III §. 139 Note 63, s. auch Puchta §. 445. h; a. M. Vangerow I S. 480.

[13] Nämlich: a) wegen Mißbrauchs der väterlichen Gewalt, l. 5 D. si quis a par. 37. 12; b) wenn er etwas angenommen hat, was ihm mit der Auflage der Emancipation zugewendet worden ist, l. 92 D. de cond. 35. 1; c) wenn der adoptirte Geschlechtsunreife nach erlangter Geschlechtsreife nachweist, daß ihm die Adoption unzuträglich sei, l. 32. 33 D. de adopt. 1. 7; d) im Fall der l. 16 D. de cur. fur. 27. 10. Vgl. überhaupt Vangerow I §. 257 Anm. Nr. 1.

[14] L. un. C. de ingr. lib. 8. 50.

[15] S. g. praemium emancipationis. L. 6 §. 3 C. de bon. quae lib. 6. 61, §. 2 I. per quas pers. 2. 9. Vgl. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII S. 190—200. Zweifel an der heutigen Gültigkeit des praemium emancipationis: Kraut Vormundsch. II S. 665—667.

[16] §. 6 I. quib. mod. ius 1. 12, §. 2 I. de adopt. 1. 11. Ueber die Behauptung, daß der Nießbrauch an dem zur Zeit der Adoption vorhandenen Vermögen dem leiblichen Vater verbleibe, s. §. 524 Note 4.

[17] L. 2 §. 2 l. 15 pr. l. 40 pr. D. de adopt. 1. 7.

[18] Wegen Aussetzung des Kindes, l. 2 C. de infant. expos. 8. 52, c. un. X. de inf. expos. 5. 11; wegen Verkuppelung der Tochter, l. 6 C. de spectac. 11. 40 (l. 12 C. de episc. aud. 1. 4); wegen Eingehung einer blutschänderischen Ehe, Nov. 120 c. 2. In Betreff der beiden ersten Fälle ist a. M. v. Buchholtz Abhandl. Nr. 16; vgl. Sintenis §. 143 Anm. 8.

β) wenn der Sohn die bischöfliche Würde erlangt[19];

γ) nach heutigem Recht dadurch, daß das Kind im Stande ist, sich selbst zu erhalten, und in Folge davon sich von dem Haushalt des Vaters absondert; bei der Tochter auch durch ihre Verheirathung[20].

δ) Daß die väterliche Gewalt auch durch den Tod des Vaters aufhört, versteht sich von selbst. Dagegen wird durch den

---

[19] Nov. 81 c. 3. Die sonstigen Würden, welchen das römische Recht die gleiche Bedeutung beilegt (l. 5 C. de consul. 12. 3, Nov. 81 pr. c. 1, vgl. l. 66 C. de decur. 10. 31) kommen heutzutage nicht mehr vor. Vgl. Marezoll a. a. O. S. 201—203.

[20] Früher sprach man in diesem Falle von einer emancipatio tacita, oder Germanica, oder Saxonica. S. über dieses Institut Kraut Vormundsch. II S. 644—667, dessen Darstellung fast wörtlich wiederholt ist von Heimbach in Weiske's RLex. XII S. 70—82, ferner Zimmermann Arch. f. civ. Pr. L. 19 (1867). — Besondere Fragen: 1) Hört die väterliche Gewalt auch dadurch auf, daß das Kind sich zwar von dem Haushalt der Aeltern trennt, aber für sich keine besondere Wirthschaft begründet, sondern z. B. als Dienstbote, Handwerksgeselle, Handlungsgehülfe ꝛc. sich seinen Unterhalt erwirbt? Diese Frage ist ohne Zweifel zu bejahen, und daher der Ausdruck, welchen man der Regel gewöhnlich gibt: die väterliche Gewalt höre auf durch Begründung einer separata oeconomia, zu enge. Doch muß sowohl die Trennungsabsicht des Kindes, als die von ihm gewonnene selbständige Stellung keine bloß vorübergehende sein, obgleich andererseits einzelne zur Erleichterung gewährte Zuschüsse des Vaters nicht schaden. Kraut S. 657, Zimmermann S. 169—176. Seuff. Arch. III. 269 Nr. 1 und 3, III. 339, XI. 51, XII. 168, XVII. 257. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I Nr. 52. 2) Hört die väterliche Gewalt auch bei der Tochter dadurch auf, daß sie auf Grund eigener Subsistenzmittel sich von dem väterlichen Haushalt trennt? Es ist kein Grund vorhanden, diese Frage zu verneinen. Kraut S. 658 fg., Zimmermann S. 176—177. Seuff. Arch. III. 269 Nr. 4. 3) Wird die Tochter durch die Verheirathung als solche von der väterlichen Gewalt frei, oder nur dann, wenn mit derselben Anlegung eines besonderen Haushaltes verbunden ist? Für die erstere Meinung mit der Mehrzahl der Juristen Kraut S. 660 fg., Zimmermann S. 178—179; für die letztere Seuff. Arch. III. 270. 4) Wird auch der Sohn durch bloße Verheirathung von der väterlichen Gewalt frei? Dafür Zimmermann S. 179 fg. 5) Bedarf das Kind zur Trennung von dem väterlichen Haushalt eines bestimmten Alters oder der Zustimmung des Vaters? S. über diese Frage Kraut 649 fg. 654 fg., Zimmermann S. 156 fg. 177 fg. Seuff. Arch. III. 269 Nr. 2, XVI. 58. 6) Kann der Vater auch bei dieser Beendigung der väterlichen Gewalt das praemium emancipationis zuzückbehalten? Die Verneinung dieser Frage ist ganz unzweifelhaft. Kraut S. 666.

Tod des Kindes der Nießbrauch des Vaters am Vermögen desselben nur dann aufgehoben, wenn der Vater dieses Vermögen ganz oder theilweise erbt[21].

Drittes Kapitel.

Die Vormundschaft*.

§. 526.

Wenn ein Kind den älterlichen Schutz in einem Lebensalter verliert, in welchem es selbst für sich zu sorgen noch nicht im Stande ist[1], so ist es Recht und Pflicht der obervormundschaftlichen Behörde, diejenige Person zu bestimmen, welcher die Erziehung des Kindes übertragen werden soll[2]. In Ermangelung einer solchen Bestimmung hat der für das Vermögen des Kindes bestellte Vormund sich auch der Person desselben anzunehmen[3], wie es dem Vormunde auch obliegt, den von der obervormund-

---

[21] Nov. 118 c. 1. 2. S. v. Löhr Arch. f. civ. Pr. X S. 165 fg., Marezoll a. a. O. S. 203 fg., Vangerow II §. 416 Anm. 3 und die übrigen von dem Letzteren Citirten.

* Dig. 27. 2 ubi pupillus educari vel morari debeat. Cod. 5. 49 ubi pupillus morari debeat. — Burchardi Arch. f. civ. Pr. VIII. 8. v. Buchholtz juristische Abhandlungen Nr. 20. Glück XXX S. 215 fg. XXXII S. 155 fg. Rudorff Recht der Vormundschaft II S. 249 fg. Kraut die Vormundschaft II S. 125 fg. — Hierher gehört nur die persönliche Seite der Vormundschaft; von der Vormundschaft nach ihrer vermögensrechtlichen Seite ist bereits §. 432 fg. gehandelt worden. Vgl. §. 432 Note 4. §. 526.

[1] Es ist nicht bloß an den Fall des Todes der Aeltern zu denken, sondern auch an den Fall, wo sie unfähig oder rechtlich ausgeschlossen sind. S. l. 1 §. 3 l. 3 §. 5 D. de lib. exh. 43. 30 und §. 525 Note 3—5.

[2] L. 1 pr. l. 5 D. h. t., l. 1 C. h. t. R. P. O. v. 1577 Tit. 32 §. 3 a. E.

[3] Nach der R. P. O. v. 1577 Tit. 32 §. 3 soll der Vormund schwören: „daß er seinen Pflegkindern und ihren Gütern getreulich und erbarlich vorseyn, ihre Personen und Güter versehen und verwahren..“. S. auch l. 12 §. 3 D. de adm. 26. 7: „quum non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur“.

schaftlichen Behörde bestellten Erzieher zu überwachen[4]. Bei der Auswahl des Erziehers muß die obervormundschaftliche Behörde vorzugsweise die letztwilligen Anordnungen des Vaters berücksichtigen[5]; im Uebrigen verfährt sie nach ihrem freien Ermessen[6]. Gegen Angehörige des Kindes, welche die Uebernahme der Erziehung verweigern, kann sie im Nothfall mit Zwangsmaßregeln vorgehen[7]. —

Für die Personen der Wahnsinnigen, Kranken und Gebrechlichen hat, soweit die Verwandten sich derselben nicht annehmen[8], der Vormund zu sorgen[9].

---

[4] S. die Stellen in Note 3.

[5] L. 1 §. 1 D. h. t., l. 7 D. de ann. 33. 1, l. 1 §. 10 D. de insp. ventre 25. 4. Vgl. 514 Note 7.

[6] L. 1 §. 1 l. 5 D. l. 1. 2 C. h. t.

[7] L. 1 §. 2 D. l. 1 C. h. t.

[8] L. 13 §. 1 l. 14 D. de off. praes. 1. 18, l. 22 §. 7. 8 D. sol. matr. 24. 3. Verlassen des Wahnsinnigen ist für De- und Ascendenten Enterbungsgrund, Nov. 115 c. 3 §. 12, c. 4 §. 6.

[9] L. 7 pr. D. de cur. fur. 27. 10. Diese Stelle spricht nur von Wahnsinnigen; aber ihre Uebertragung auf Personen, welche wegen körperlicher Krankheit für sich selbst zu sorgen nicht im Stande sind, unterliegt keinem Bedenken.

Register.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römiſchen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabiſchen den §., die kleineren arabiſchen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Zusätze und Berichtigungen.

I. Zusätze.

Zu §. 256. G. Hartmann, über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden. 1868.

Zu §. 258 Note 14. H. Pernice, zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 172 fg. Note 15 Z. 6 v. u. fg.: das. S. 179 fg. Note 16: das. S. 242 fg. Note 17: das. S. 58 fg. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck II S. 770. 771.

Zu §. 261 Note 1. Verhandlungen des 6. deutschen Juristentages I S. 227 fg. 395 fg. III S. 82 fg. 325 fg. — Gesetz für den norddeutschen Bund vom 14. November 1867. Arch. f. civ. Pr. LI S. 146 fg.

Zu §. 267 Note 13. Bechmann, Dotalrecht II S. 85.

Zu §. 268 Note 5 Z. 6 v. o. Schmid, Cession II S. 36 fg.

Zu §. 273 Note 2. Blätter für RAnwendung zunächst in Bayern XXXIII S. 157.

Zu §. 295 Note 6. Vgl. §. 415 Note 5, §. 418 Note 1 lit. d.

Zu §. 302 Note 2. Salkowski, Novation §. 6.

Zu §. 307 Note 15. L. 1 §. 3 i. f. D. de V. O. 45. 1.

Zu §. 312 Note 5. Vgl. l. 17 §. 3 D. comm. 13. 6: — obligatio suscepta inter dandum accipiendumque"

Zu §. 312 Note 4. 5. H. Pernice, Anzeige von: C. Accarias théorie des contrats innominés et explication du titre de praescriptis verbis au Digeste. 1866. Krit. VJSchr. X S. 68 fg.

Zu §. 316 Bote 6. Bechmann, Dotalrecht II S. 153.

Zu §. 318. 319. Hesse, über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen römischen Rechts. Ein Versuch zur Widerlegung der Lehre, daß es im heutigen römischen Recht noch formelle Verträge gebe. 1868.

Zu §. 321 Note 19. Der in dieser Note citirte Aufsatz von Goose in den Jahrb. f. Dogm. ist nicht Nr. 1, sondern wahrscheinlich Nr. 2. Ich habe diesen Aufsatz in einem mir vom Verf. zugeschickten Abdruck benützt, und das 2. Heft des 9. Bandes der Jahrb. liegt mir in diesem Augenblick noch nicht vor. — Ueber die Ansicht von Degenkolb in: Platzrecht und Miethe (1867) ist §. 400 Note 5 berichtet.

Zu §. 332 Note 10. Blätter für RAnwendung zunächst in Bayern XXXIII S. 151.

Zu §. 348 Note *. Die Schrift von Dernburg ist 1868 in 2. Auflage erschienen.

Zu §. 355 Note 3 a. E. Bechmann. Dotalrecht II S. 349.

Zu §. 368 Note 9. Bechmann, Dotalrecht II S. 30.

Zu §. 390 Note 3. Vgl. den Zusatz zu §. 321 Note 19.

Zu §. 390 Note 8. 15. 17. Die Angabe der Seitenzahlen des Goose'schen Aufsatzes beruht nur auf Vermuthung. Vgl. den Zusatz zu §. 321 Note 19.

II. Berichtigungen.

(S. außerdem S. XVI.)

Seite	15	Note 5	Zeile	2 v. u.	l. Note 3 st. Note 2
„	27	„ 1a	„	2 v. o.	l. 7. 1. st. 7. 2
„	33	„ 14	„	4 v. u.	l. duplae st. duplex
„	39	„ 10	„	10 v. u.	l. klassischen st. klassischen
„	39	„ 10	„	10 v. u.	l. entsprechende st. ensprechende
„	39	„ 3	„	3 v. u.	l. 410 st. 411
„	42	„ 5	„	4 v. u.	l. HGB. st. GHB.
„	46	„ 2	„	3 v. u.	l. Jahrb. st. Jahr.
„	47	„ 14			l. 3. 28 st. 2. 28
„	61	„ 9	„	2 v. o.	l. 252 st. 251
„	79	„ 4	„	15 v. u.	l. 2. 11 st. 2. 8
„	81	„ 13	„	7 v. u.	streiche „er müßte denn der Vater der Frau sein“, und füge hinzu: §. 495 Note 10
„	84	„ 2	„	2 v. o.	l. 43. 26 st. 23. 26
„	86		„	7 v. u.	l. Zeitschr. st. Jahrb.
„	95	„ 8	„	1 v. o.	l. 46. 3 st. 36. 3
„	118		„	5 v. o.	l. Vermögens st. Vermögen
„	118	„ 25	„	2 v. o.	l. 46. 1 st. 46. 2
„	121	„ 1	„	1 v. o.	l. IV S. 456 fg. st. S. 456 fg.
„	132	„ 3	„	3 v. o.	l. I S. 115 st. S. 115
„	139	„ 3	„	10 v. o.	l. 46. 2 st. 46. 1
„	141	„ 3	„	4 v. o.	l. Ribbentrop st. Ribentrop
„	158	„ 5	„	9 v. o.	l. lui st. l'ui
„	169	„ 8	„	4 v. o.	l. dieser st. diese
„	217	„ 1	(§. 324)		l. 83a st. 38a
„	236		„	9 v. o.	der Note l. 17 st. 7
„	276	„ 4	„	1 v. o.	l. apoch. st. epoch.
„	303	„ 3	„	15 v. u.	l. greifen st. greisen
„	325	„ 16	„	2 v. u.	l. noch st. nach
„	346	„ 9	„	1	l. 21. 1 st. 21. 2
„	348	„ 6	„	12 v. o.	l. 81 st. 82
„	348	„ 6	„	13 v. o.	l. 179 st. 278
„	354	„ 11	„	5 v. o.	l. 153 st. 154
„	354	„ 11	„	3 v. u.	l. hinter „Lübeck“ I. S. 1121
„	354	„ 11	„	1-4.	Die Citate aus Seuffert's Archiv sind umzustellen.
„	364	„ 9	„	2 v. u.	l. 109 st. 107
„	368	„ 12	„	3 v. u.	l. 262 st. 260
„	386	„ 10	„	1 u. 3	l. l. 28 st. l. 28 pr.
„	394	„ *	„	3 v. o.	l. XVIII st. XIX
„	397	„ 4	„	5 v. u.	l. 67 st. 167
„	407	„ 6	„	4 v. u.	l. Anm. 2 st. Anm. 1
„	416	„ 18	„	2 v. u.	l. XII st. XI
„	429	„ 37	„	1 v. o.	l. 47 st. 37
„	433	„ 4	„	5	l. Entschuldbarkeit st. Endschuldbarkeit
„	440	„ 23	„	2 v. o.	l. ein st. in
„	456	„ 3	„	2 v. o.	l. 13 st. 11
„	457		„	2	der Note l. IV st. VI
„	462	„ 2	„	3 v. u.	ist hinter „Emphyteuse“ hinzuzufügen: oder Superficies
„	466	„ 9	„	1 v. u.	l. 724 st. 742

Seite	466	Note	14	Zeile	2 v. u.	l. I. S. 100 st. S. 100
„	473	„	14	Das	Citat aus dem HGB. gehört zu Note 18.	
„	480	„	15	Zeile	1 v. o.	l. 124 st. 114
„	485	„	9			l. XVII st. XVI
„	493	„	15	„	3 v. u.	l. C. mand. 4. 35 st. D. mand. 17. 1
„	498			„	8 v. o.	l. dasselbe st. dieselbe
„	505	„	*	„	1 v. u.	l. II S. 483—489 st. I S. 483—489
„	516	„	5	„	3 v. u.	l. 133 st. 33
„	517	„	10	„	1 v. u.	l. Nr. 3 st. Nr. 7
„	519			„	2 v. o.	der Noten l. II S. 489—492 st. I S. 489—492
„	533			„	7 v. o.	der Noten l. 31 st. 3
„	533	„	5	„	3 v. o.	l. l. 6 st. l. 65
„	542	„	3	„	1 v. u.	l. 38 §. 1 st. l. 38 pr.
„	551			„	1	der Noten l. 58 st. 158
„	564	„	15	„	1 v. u.	l. Note 2 st. Note 1
„	569	„	9	„	1 v. o.	l. 6 §.8 st. l. 6. 7. 8
„	582	„	33	„	2 v. o.	l. tutorem st. tutorum
„	684	„	10	„	3 v. o.	l. condicio st. condictio
„	700	„	1	„	7 v. o.	l. Sachsen st. Sachen
„	705			„	2 v. o.	l. das Notenzeichen 1 st. 4
„	722			„	4 v. o.	l. das constitutum st. dem constitutum
„	778	„	3	„	2 v. u.	l. s. st. f.
„	779	„	1	„	2 v. o.	l. Erbe ist st. Erbe
„	803	„	8	„	7 v. u.	l. nur st. nun
„	816	„	19	„	2 v. u.	l. condicio st. conditio.

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.